

UiO • **Det juridiske fakultet**

Regulering av festeavgift

Ved feste av tomt til bolig- og fritidshus

Kandidatnummer: 502505

Leveringsfrist: 1. juni 2014

Antall ord: 39 533



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	2
1.1	Tema og problemstilling	2
1.2	Begrepet tomtefeste	4
1.3	Sondring mellom ulike festeformål	5
1.4	Metode og rettskildebruk	6
1.5	Utviklingen i tomtefestelovgivningen.....	7
1.6	Prisreguleringen	9
1.7	Fremstillingen videre	10
2	AVTALEN MELLOM PARTENE	11
2.1	Innledning	11
2.2	Reguleringsadgangen etter avtalen	11
2.3	Partenes forutsetninger for avtaleinngåelsen	13
2.4	Særlig om beregning av festeavgift etter tomteverdi	15
2.4.1	Innledning	15
2.4.2	Beregning av råtomtverdi	16
2.4.3	Beregning av festerente	18
2.5	Sammenfatning	21
3	LOVINNGREP I PARTENES REGULERINGSAVTALE	22
3.1	Innledning	22
3.2	Urimelighetssensur av festeavgiften	22
3.3	Oversikt over hovedbestemmelsen om regulering i tfl. § 15	24
3.4	Særlig om overgangsreglene i tfl. § 15 annet ledd – engangsløftet	27
3.4.1	Innledning	27
3.4.2	Vilkår for adgang til engangsløft.....	27
3.4.2.1	Tidskrav – «den første reguleringa»	27
3.4.2.2	Klarhetskrav – «tvillaust» avtalt	29
3.4.3	Begrensninger av engangsløftets størrelse	32
3.4.3.1	Avtaler inngått før 1983 – «høgstebeløp».....	32

3.4.3.2	Avtaler med tomteverdiklausul – eksisterende bruk.....	33
3.5	Avtalens varighet – regulering ved forlengelse etter tfl. § 33.....	34
3.6	Sammenfatning	35
4	SKRANKER FOR LOVGIVERS ADGANG TIL Å GJØRE INNGREP I TOMTEFESTEAVTALER	36
4.1	Innledning	36
4.2	Vern mot tilbakevirkende lover i grl. § 97.....	36
4.2.1	Utgangspunkter og tolkingsprinsipper.....	36
4.2.2	Oversikt over tilbakevirkningsbeskyttelsen.....	38
4.2.3	Rt-2007-1281 (Øvre Ullern).....	40
4.2.4	Rt-2007-1306 (Rollag)	43
4.3	Vern mot inngrep i eiendom etter EMK P1-1	43
4.3.1	Utgangspunkter og tolkingsprinsipper.....	43
4.3.2	Oversikt over eiendomsbeskyttelsen	45
4.3.3	Lindheim-saken	47
4.4	Forholdet mellom skrankene.....	50
5	SAKSRELEVANTE MOMENTER VED VURDERING AV LOVINNGREP I AVTALE OM REGULERING AV FESTEAVGIFT.....	53
5.1	Innledning	53
5.2	Lovgivers vurderinger.....	55
5.3	Inngrepets formål	57
5.3.1	Boligsosiale hensyn	57
5.3.2	Særlig om retstekniske hensyn	59
5.4	Generelt om inngrepets styrke og karakter	60
5.5	Festeavgiftens størrelse	61
5.5.1	Innledning	61
5.5.2	Krav til en «decent profit» etter EMDs praksis	62
5.5.3	Lovinngrep i bortfesters forventning om en rimelig avkastning av tomteverdien – særlig om festerenten.....	64
5.5.4	Fordeling av verdiøkning på festetomten	71
5.5.5	Sammenfatning – retningslinjer om festeavgiftens størrelse.....	76
5.6	Bortfesters «legitimate expectations»	77

5.6.1	Innledning	77
5.6.2	Forventninger basert på avtalen.....	78
5.6.3	Betydningen av lovgivningen	79
5.6.4	Betydningen av langsiktigheten av avtaleforholdet.....	80
5.6.5	Betydningen av eierskifte	80
5.7	Andre relevante momenter	82
6	VURDERING AV TFL. § 15	83
6.1	Innledning	83
6.2	Lovinngrepet må være proporsjonalt – betydningen av overgangsregler.....	84
6.3	Vilkår for adgang til engangsløft	86
6.3.1	Tidskrav – «den første reguleringa»	86
6.3.2	Klarhetskrav – «tvillaust» avtalt	89
6.4	Begrensninger av engangsløftets størrelse	92
6.4.1	Avtaler inngått før 1983 – «høgstebeløp»	92
6.4.2	Avtaler med tomteverdiklausul – eksisterende bruk	94
6.5	Sammenfatning	94
7	REGULERING VED FORLENGELSE ETTER TFL. § 33	96
7.1	Innledning	96
7.2	Lovarbeidet etter Lindheim-saken	97
7.2.1	Vedtakelse av midlertidig lov	97
7.2.2	Forslag til lovendring: NOU 2013:11	97
7.2.3	Høringsuttalelser.....	100
7.2.4	Videre lovarbeid – forlengelse av midlertidig lov	102
7.3	Vurdering av forslaget om regulering av festeavgift ved forlengelse etter loven.....	102
7.3.1	Innledning	102
7.3.2	Generell oppreguleringsadgang eller generalklausul?.....	103
7.3.3	Kobling til tomteverdien?.....	103
7.3.4	Beregning av festerenten?	104
7.3.4.1	Innledning	104
7.3.4.2	Utvalgets behandling av festerenten	105
7.3.4.3	Kritikk mot utvalgets behandling av festerenten – særlig om kapitaliseringsrenten	106

7.3.4.4	Konklusjon	109
7.3.5	Tak eller gulv for festeavgiftens størrelse?.....	110
7.3.6	Kommentarer vedrørende det videre lovarbeid	112
8	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	115
9	KILDEREGISTER	117

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er regulering av festeavgift ved feste av tomt til bolig- og fritidshus. Festeavgiften er vederlaget en fester betaler en bortfester etter en avtale om tomtefeste.¹ En festeavtale er en leieavtale, der leieobjektet er en tomt som skal brukes til husbygging, se definisjon i tomtefesteloven (heretter tfl.) § 1 første ledd. Bebyggelsen eies av fester.

Bakgrunnen for valget av tema er den senere tids usikkerhet og debatt rundt lovgivers adgang til å gripe inn i festeavtaler til bolig- og fritidshus. Tomtefeste har i lang tid vært et område preget av politiske løsninger, og frontene er sterkt polariserte. Lovgiver har ønsket reformer som hovedsakelig har styrket festers stilling på bekostning av grunneier. Under henvisning til de særlige interessemotsetninger som gjør seg gjeldende i tomtefesteforhold, har lovgiver derfor foretatt forholdsvis vidtgående inngrep i eldre festeavtaler til bolig- og fritidshus. Det er anslått at det foreligger om lag 170 000 slike tomtefesteforhold i Norge.² Inngrep i kontraktsforholdet vil dermed kunne få virkning for et betydelig antall personer.

Tradisjonelt har det vært lagt til grunn at lovgivers handlefrihet på dette området er vid.³ I dom *Lindheim mfl. mot Norge* (2012) ble imidlertid staten dømt for brudd på eiendomsrettsvernet i Den Europeiske Menneskerettskonvensjons 1. tilleggsprotokoll av 20. mars 1952 artikkel 1 (heretter EMK P1-1) av Den europeiske menneskerettsdomstolen (heretter EMD).⁴ Saken gjaldt konvensjonsmessigheten av tfl. § 33, som gir festeren en potensielt evigvarende rett til ensidig forlengelse av festekontrakten på samme vilkår som tidligere. Kort og upresist var det avgjørende argumentet for at staten tapte saken at lovgivningen var for ensidig i favør av fester.⁵

Lindheim-saken har medført forslag om revisjon av reglene om forlengelse. Lovarbeidets foreløpige resultat er inntatt i NOU 2013:11 *Fstekontrakter og folkerett*.

¹ Andre grunnlag kan også forekomme. Festeforholdet kan eksempelvis være stiftet ved testament jf. NOU 1993:29 s. 9. Denne fremstillingen vil imidlertid kun omfatte festeforhold med grunnlag i kontrakt.

² Nye anslag innhentet i forbindelse med arbeidet med NOU 2013:11, se side 23.

³ Se eksempelvis Rt-1990-284 (Selsbakk) s. 295.

⁴ Dommen er endelig etter avvisningen av statens anmodning om ny behandling av saken for EMDs storkammer 22. oktober 2012.

⁵ Solheim (2013) s. 304.

I den nasjonale rettsrunden ble tfl. § 33 ansett konvensjonsmessig av Høyesterett i plenum.⁶ EMD kom som nevnt til motsatt resultat. Dette viser at EMK P1-1 stiller snevrere rammer for norske myndigheters reguleringskompetanse enn tidligere antatt. Avgjørelsen kan derfor også få betydning for *andre* lovinngrep i balanseforholdet mellom fester og bortfester.

Reguleringsbestemmelsen i tfl. § 15, festers forlengelsesrett i § 33 og festers innløsningsrett etter § 32 innebærer sentrale inngrep i avtalen. Regelsettene henger tett sammen, og begrunnes i stor utstrekning av hverandre.⁷ En generell behandling av lovgivers adgang til endring av det avtalte balanseforholdet i festeavtaler fordrer en grundig undersøkelse av alle de tre temaene. Dette ville etter min vurdering bli for omfattende for en masteravhandling. Temaet regulering av festeavgift er valgt fordi dette i størst grad kan underlegges en selvstendig behandling. Enkelte sider av festerens rett til forlengelse av festeavtalen etter loven må likevel inkluderes i fremstillingen. Det er imidlertid reglene som direkte gjelder regulering av festeavgift i tomtfesteloven kapittel 3 som har hovedfokus. Innløsningsretten vil i utgangspunktet ikke behandles.

Det overordnede formål med avhandlingen er å belyse hvilken adgang partene har til å kreve regulering av festeavgiften, og hvordan festeavgiftens størrelse da beregnes.

Lovgiver kan ikke fritt begrense borgernes private autonomi. Tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven (heretter grl.) § 97, eiendomsrettsvernet i grl. § 105 og EMK P1-1 setter skranker for lovgivningskompetansen. Lovgivning som kun har virkning for fremtidige avtaler er mindre problematisk. Partene har da hatt foranledning til å ta eventuelle begrensninger i betraktning allerede på avtaletidspunktet. Avhandlingen avgrenses derfor til allerede inngåtte festeavtaler.

Avhandlingens problemstilling er etter dette i hvilken grad lovgiver kan gjøre inngrep i partenes avtale om regulering av festeavgiften. Dette vil kunne ha stor betydning for hvilken adgang partene i tomtfestekontrakter har til å kreve regulering av festeavgiften, og hvordan festeavgiftens størrelse da beregnes.

⁶ Se Rt-2007-1306 (Rollag).

⁷ I Ot.prp.nr.41 (2003-2004) begrunnes reglene om regulering av festeavgiften med reglene om beregning av innløsningssum på grunnlag av festeavgiften (s. 22), mens reglene om innløsningssummen begrunnes av reglene om regulering av festeavgiften (s. 46).

1.2 Begrepet tomtefeste

«Tomtefeste» defineres i tfl. § 1 første ledd som «feste (leige) av grunn til hus som festeren (leigaren) har eller får på tomta».

Det må for det første foreligge en avtale om «feste (leige) av grunn». Festekontraktene skiller seg dermed fra avtaler om salg, ettersom den formelle eiendomsretten til tomten forblir hos grunneier. Ved leie av fast eiendom går det et hovedskille mellom leie av bebyggelse og leie av selve grunnen.⁸ Tomtefeste kan anses som en mellomform, og omfatter kun tilfelle der tomten leies med det formål at leietakeren skal kunne oppføre eller ha relevant bebyggelse på tomten. Ren grunnleie faller utenfor jf. fjerde ledd.⁹ Vederlag er ikke et vilkår for at festeforhold skal foreligge, selv om ordet «leige» rent språklig kan implisere dette.¹⁰

Loven gjelder leie av grunn til «hus», men inneholder ingen legaldefinisjon av begrepet. Det følger av forarbeidene at begrepet er veldig vidt, og omfatter «fritidshus, kontor, industri og lagerbygg, naust, skur, kiosk og brakke».¹¹ I tvilstilfelle er hovedformålet avgjørende.¹² I tillegg faller servitutter eller tilleggsareal som naturlig hører med til festeforholdet inn under tomtefestelovens anvendelsesområde jf. annet ledd.¹³

De geografiske grensene for festetomten blir ofte satt som yttergrenser, men tomtefesteloven gjelder også punktfeste.¹⁴ Festet er da kun angitt med et punkt, og festeren er forpliktet til å plassere huset slik at punktet kommer innenfor grunnmuren. Punktfeste forekommer hyppig ved fritidsbebyggelse.¹⁵

Festers råderett er underlagt få begrensninger i loven. Etter § 16 har festeren samme faktiske råderett som en eier innenfor festeformålet, forutsatt at det ikke er avtalt annet. Dette innebærer at dersom formålet er boligbygging, kan festeren bygge flere boliger på festetomten uten at grunneier kan motsette seg det, jf. Rt-2013-30. Festerens rettslige råderett følger av §§ 17, 18 og 19, og innebærer blant annet adgang til overføring og pantsettelse av festeretten.

⁸ Falkanger (2013) s. 252.

⁹ Ibid. s. 254. Tomtefestelovens regler kan imidlertid anvendes analogisk på grunnleie.

¹⁰ Ibid. s. 255.

¹¹ Ot.prp.nr.2 (1974-1975) s. 58-59. Bestemmelsen er i all hovedsak videreføring av tidligere rett jf. Ot.prp.nr.28 (1993-1996) s. 50.

¹² Falkanger (2013) s. 255.

¹³ Ibid. s. 255-256.

¹⁴ Se NOU 1993:29 s. 9.

¹⁵ Falkanger (2013) s. 257.

Ved fremfeste, som innebærer at «bortfestaren er leigar av grunnen», reguleres forholdet til grunneieren av § 42 jf. § 1 tredje ledd. Det fremkommer forutsetningsvis av § 42 fjerde ledd at reguleringsadgangen mellom grunneier og frembortfester (den som leier tomten) bestemmes av avtalen.¹⁶ Fremfesterne kan påberope seg § 15 overfor frembortfesteren, som i et alminnelig festeforhold. Fremfeste vil ikke behandles særskilt i fremstillingen.

1.3 Sondring mellom ulike festeformål

En grunn til at lovregulering av tomtefeste er problematisk er den store variasjonen av tilfelle som omfattes. Lovgiver har derfor nyansert inngrepet i partenes avtale for ulike kategorier festeavtaler. Hovedbestemmelsen om regulering av festeavgift i tfl. § 15 sonder mellom «feste av tomt til bustadhus og fritidshus» i første og annet ledd, og «andre festehøve» i tredje ledd. Forlengelsesreglene i § 33 gjelder bare feste av tomt til bolig- og fritidshus.

Lovens regler for «andre festehøve» vil kun behandles i den grad det er påkrevet for sammenhengen. Denne gruppen omfatter alle festeforhold som ikke er feste til bolig- eller fritidshus.

Tomtefesteloven inneholder ingen definisjon av begrepet «bustadhus» eller «fritidshus». Hva som omfattes av «bustadhus» vil ofte ikke være tvilsomt.¹⁷ Der det foreligger tvil vil husleieloven 17/1999 § 1-1 kunne gi veiledning. Bestemmelsen definerer «bolig» som «husrom som fullt ut eller for en ikke ubetydelig del skal brukes til beboelse». Forarbeidene til husleieloven presiserer at «det dreier seg om husrom som benyttes som bolig for personer - altså til alminnelig opphold, til spising og overnatting».¹⁸ På den annen side vil ikke alle bygg som brukes til boligformål omfattes av uttrykket «feste av tomt til bustadhus». I Rt-2013-504 (Gamle Drammensvei 37) kom Høyesterett til at reglene for bolig- og fritidshus ikke var anvendelige der fester drev med utleie av boliger i en slik skala at det fikk karakter av næringsvirksomhet.

Et «fritidshus» vil i mange tilfelle ikke skille seg fra et bolighus, ettersom en fritidsbolig også er et hus med overnattingsmuligheter. Man tenker imidlertid ofte at standarden er

¹⁶ Se Ot.prp.nr.41 (2003-2004) s. 23.

¹⁷ Falkanger (2013) s. 260.

¹⁸ Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) s. 149.

lavere. I lys av den generelle velstandsøkningen er ikke dette nødvendigvis tilfelle. Det må derfor være festers formål og ikke bebyggelsens art som er det avgjørende.¹⁹

Inngrepet i partenes avtale om regulering av festeavgiften er i all hovedsak det samme for bolighus og fritidshus. Det gjøres kun forskjell i tfl. § 34 annet og tredje ledd, som bestemmer at festeren i visse tilfelle ikke har innløsningsrett til hyttetomten i samme utstrekning som til boligtomten.²⁰ En grensdragning vil derfor normalt ikke være nødvendig.

Kategorien bolig- og fritidshus omfatter etter dette svært ulik bebyggelse, fra en enkel fjellhytte til et palass til flerfoldige millioner. Styrkeforholdet mellom partene vil derfor variere sterkt. Situasjonen er ikke nødvendigvis slik at en svak, ubemidlet fester tynes av en grådig grunneier.

1.4 Metode og rettskildebruk

Avhandlingen gir først og fremst en rettsdogmatisk fremstilling av reglene om regulering av festeavgift i avtaletiden. Alle analyser av gjeldende rett fordrer anvendelse av juridisk metode. Jeg ser det unødvendig å gi en generell fremstilling av den norske juridiske metoden. Temaet aktualiserer imidlertid noen spesielle metodiske problemstillinger. For det første oppstår metodiske spørsmål når grl. § 97 skal tolkes. For det andre kan ikke den norske juridiske metoden anvendes ved tolking av EMK P1-1. De spesielle metodespørsmål vil behandles under presentasjonen av de respektive bestemmelsene (se punktene 4.2.1 og 4.3.1).

En fremstilling av gjeldende rett vil måtte inneholde oppfatninger om hva som gir en god løsning.²¹ Jeg vil forsøke å vise klart om regelbeskrivelsen er fundert i autoritative kilder, eller om det er min vurdering med grunnlag i reelle hensyn som har vært avgjørende.

Temaet «regulering av festeavgift» ligger i skjæringspunktet mellom privat og offentlig rett, og berører juss, politikk og økonomi. Fremstillingen må ta for seg avtalerettslige forhold, lovgivning, samt forholdet til Grunnloven og EMK. Det relevante kildematerialet er dermed omfattende. Som følge av dette vil jeg redegjøre noe for materialet som ligger til grunn for drøftelsene videre i avhandlingen.

Fremstillingen vil omhandle lovgivers adgang til å gjøre inngrep i partenes avtale om regulering av festeavgiften. Tomtefestelovgivningen med tilhørende forarbeider er selvsagte

¹⁹ Det samme uttales i Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) s. 149 om uttrykket «husrom bestemt til ferie og fritidsbruk».

²⁰ Se Falkanger (2013) s. 261.

²¹ Se Solheim (2010) s. 23.

kilder. Lovreguleringen er vanskelig tilgjengelig som følge av en rekke revisjoner. I det påfølgende avsnittet vil jeg derfor gi en oversikt over utviklingen i tomtefestelovgivningen.

Tomtefeste er ikke et særnorsk fenomen.²² Det er liknende institutter i andre land. I tomtefestesaker henvises det likevel sjelden til andre lands rett, med mindre rekkevidden av EMDs dommer om liknende institutter søkes fastlagt. Andre lands rett har dermed liten rettskildevekt, og vil ikke behandles.

Når det gjelder juridisk litteratur om tomtefeste er Lid, *Tomtefeste* (1961) den grunnleggende monografi om eldre rettstilstand. Falkanger, *Tingsrett* (2013) må imidlertid anses som hovedlitteraturen på området. Utover dette foreligger lite teori, med unntak av enkelte mer kortfattede fremstillinger.

Avhandlingen vil inneholde en analyse av skrankene etter grl. § 97. Doktoravhandlingen til Høgberg, *Forbudet mot tilbakevirkende lover* (2010) utpeker seg som den mest sentrale fremstillingen om emnet.

Videre vil avhandlingen inneholde en analyse av skrankene som fremkommer av EMK P1-1. Her vil jeg ta utgangspunkt i Lindheim-saken. De fleste fremstillinger i teorien er ikke oppdatert med hensyn til utviklingen i eiendomsvernet. Veiledningen fra den juridiske teori er dermed begrenset. Den mest sentrale norske avhandlingen om EMK P1-1 er Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjonen* (2010), selv om denne hovedsakelig gjelder eiendomsrettsbegrepet og er skrevet før Lindheim-saken. NOU 2013:11 foretar imidlertid en gjennomgang av rettstilstanden i lys av nyere EMD-praksis.

1.5 Utviklingen i tomtefestelovgivningen²³

Det er lang tradisjon for bruk av festeavtaler i Norge. Området ble likevel først lovregulert ved tomtefesteloven av 1975, med ikrafttredelse 1. januar 1976.²⁴ Før dette måtte partene hovedsakelig basere seg på avtaleregulering.²⁵ Det har imidlertid helt siden 1940-tallet vært en nokså omfattende prisregulering ved salg og bortfester av fast eiendom, som vil presenteres nedenfor.

²² Lid (1961) s. 16-17.

²³ Avsnittet bygger hovedsakelig på Falkanger (2013) s. 258-260 og s. 301-302.

²⁴ Forarbeidene er NUT 1971:3 *Om tomtefeste*, Ot.prp.nr.2 (1974-1975) og Innst.O.nr.37 (1974-1975).

²⁵ Med unntak av spredte bestemmelser i ulike lover som fikk innvirkning på særlige spørsmål, jf. Ot.prp.nr.28 (1995-1996) s. 5.

Etter § 13 kunne ikke festeavgiften settes høyere enn «det som svarer til ei rimeleg avkasting av tomteverdet [...] og under omsyn til rentenivået». Etter § 14 kunne festeavgiften kreves regulert hvert tiende år. Den nye festeavgiften skulle fastsettes «i samsvar med tomteverdien på reguleringstida, med frådrag for verdauke som festeren har tilført tomta», med mindre annet var avtalt. Det var dermed uendret avgift som krevet særskilt rettsgrunnlag.²⁶

Selv om 1975-loven i utgangspunktet var preceptorisk, fikk hverken § 13 om første gangsfastsettelse av festeavgift eller reguleringsbestemmelsen i § 14 anvendelse på eldre festeavtaler jf. § 32 nr. 4. Avtaleloven (heretter avtl.) § 36 gav likevel en viss anledning til oppregulering av festeavgiften også for disse avtalene.

Tomtefesteloven av 1975 bidro til avklaring. En del spørsmål var imidlertid preget av uvisshet og uro.²⁷ Sivillovbokutvalget begynte derfor en gjennomgang av loven i 1988, som resulterte i utarbeidelsen av gjeldende tomtefestelov av 1996.²⁸ Den nye tomtefesteloven var i all hovedsak en videreføring av tidligere lov. Samtidig ble viktige endringer introdusert.

Fastsettelse av festeavgift ble nå overlatt til partenes avtalefrihet, kun begrenset av regler om urimelighetssensur i tfl. § 11, avtl. § 36 og pristiltaksloven (heretter pristl.) § 2.²⁹ Etter § 15 kunne festeavgiften hvert tiende år reguleres samsvar med endringen i pengeverdien, med mindre det var «tvillaust» avtalt regulering at avgiften ikke skulle reguleres. Der som det var avtalt regulering på annen måte, eksempelvis regulering etter endringen i tomteverdien, skulle avtalen gjelde.³⁰ Hovedregelen var dermed snudd. Det var også adgang til å avtale kortere og lengre reguleringsintervall enn 10 år, men ikke kortere enn ett år. Bestemmelsen gjelder både for nye og eldre festeavtaler.

Tomtefesteloven trådte ikke i kraft før 1. januar 2002, mer enn fem år etter at loven ble vedtatt i Stortinget. Bakgrunnen var at man fryktet en sterk økning av festeavgiftene for eldre kontrakter, ettersom prisforskriftene skulle oppheves ved ikrafttreddelsen av tomtefesteloven. Loven ble endret allerede før ikrafttreddelsen, og flere ganger i ettertid. Dette illustrerer hvor vanskelig det er å finne frem til tilfredsstillende lovregulering på området, som kan gjelde med den nødvendige forutberegnelighet og klarhet.

²⁶ Gyldendal Rettsdata (2013) note 25.

²⁷ Ot.prp.nr.28 (1995-1996) s. 5.

²⁸ Forarbeidene er NOU 1993: 29 *Ny lov om tomtefeste*, Ot.prp.nr.28 (1995-1996) og Innst.O.nr.85 (1996-1997).

²⁹ Se punkt 3.2 om urimelighetssensur av festeavgiften.

³⁰ Gyldendal Rettsdata (2013) note 25.

De viktigste endringene vedrørende reguleringsadgangen skjedde i 2000 og 2004. Endringslov av 70/2000 innførte et høyestebeløp for reguleringen av festeavgiften i tfl. § 15.³¹ Endringslov av 63/2004 innebar mer grunnleggende endringer hvor reguleringsadgangen ble snevret inn.³² Samtidig ble festerens rett til innløsning og forlengelse sterkt utvidet. Tfl. § 15 fikk da sin nåværende form.³³ For fullstendighetens skyld kan nevnes at § 15 er endret ytterligere to ganger, ved endringslov 89/2005 og 52/2006. Endringene skjedde for å rette inkurier og har ikke hatt noen rettslige betydning.

1.6 Prisreguleringen

Med unntak av to perioder har festeavgiften vært underlagt prisregulering helt fra 1940-tallet, og frem til ikrafttreddelsen av gjeldende tomtefestelov i 2002. Prisreguleringen medførte at festeavgiften ble holdt på et lavt nivå, ettersom avtalens og tomtefestelovens reguleringsbestemmelser ble «undertrykket».³⁴

I perioden fra 1940 til 1983 var både førstegangsfastsettelse og regulering av festeavgift omfattet av prisforskriftene.³⁵ Fra 15. oktober 1954 har reguleringen skjedd i samsvar med prisloven.³⁶ I 1965 kom prisforskrift om økning av festeavgift, som bestemte at reguleringsintervallet måtte være minst ti år, og det ble fastsatt et multiplikatorsystem som bygde på konsumprisutviklingen

Den 26. mai 1983 ble prisforskriftene opphevet.³⁷ Som følge av at adgangen til å foreta oppregulering av festeavgiftene hadde vært holdt kunstig nede siden krigens dager, førte opphevelsen til krav om omfattende oppregulering i mange festeforhold. Det lå an til en betydelig mengde konflikter, og en lang rekke søksmål for domstolene.

Allerede 16. desember 1983 ble prisreguleringen for *regulering* av festeavgift til en viss grad gjeninnført for tomt til bolig eller fritidshus festet bort før 27. mai 1983. For disse avtalene kunne det ikke kreves høyere festeavgift enn den som gjaldt 26. mai 1983, oppjustert

³¹ Forarbeidene er Ot.prp.nr.29 (1999-2000) og Innst.O.nr.70 (1999-2000).

³² Forarbeidene er Ot.prp.nr.41 (2003-2004) og Innst.O.nr.105 (2003-2004).

³³ Se nærmere om tfl. § 15 i punktene 3.3 og 3.4.

³⁴ Falkanger (2013) s. 259.

³⁵ NOU 1993:29 s. 32.

³⁶ fra 15. oktober 1954 til 18. juli 1958 gjaldt ikke reguleringen ubebygd landareal i visse landkommuner, jf. NOU 1993:29 s. 32.

³⁷ Avsnittet bygger på Ot.prp.nr.28 (1995-1996) s. 6.

med en multiplikator fastsatt etter konsumprisindeksen.³⁸ Prisforskriftene skulle gjelde for ett år, men ble siden fornyet hvert år helt frem til 1. januar 2002. Festeavtaler inngått etter 26. mai 1983 har ikke vært underlagt prisregulering.

1.7 Fremstillingen videre

Avhandlingen inneholder 8 kapitler.

I *kapittel 2* vil jeg først behandle avtalen mellom partene. Dette er en naturlig kronologi når hovedregelen er at inngåtte avtaler skal holdes. Avtalen vil dermed som utgangspunkt være avgjørende for adgangen til å kreve regulering av festeavgiften.

I *kapittel 3* vil jeg undersøke i hvilket omfang lovgiver har grepet inn i det opprinnelig avtalte balanseforholdet mellom partene gjennom lovregler om reguleringsadgangen. Det er derfor nødvendig å se nærmere på lovgivningen som får betydning for partenes avtale om regulering av festeavgiften. Her er hovedbestemmelsen om regulering i tfl. § 15 og forlengelsesregelen i § 33 sentrale.

I *kapittel 4, 5 6 og 7* behandles avhandlingens hovedproblemstilling, som er hvorvidt lovgiver har adgang til å gripe inn i partenes avtale om regulering av festeavgiften.

Som nevnt fremkommer de mest sentrale inngrep i avtaler om regulering av festeavgiften av hovedbestemmelsen om regulering i tfl. § 15 og forlengelsesregelen i tfl. § 33. Det er imidlertid klart at § 33 er i strid med EMK P1-1 etter Lindheim-saken. Det som skal undersøkes i de nevnte kapitlene er derfor i hvilken grad § 15 innebærer inngrep i strid med de skranker som fremkommer av Grunnloven og EMK. I tillegg skal lovforslaget om innføring av en reguleringsadgang ved forlengelse etter § 33 vurderes i relasjon til skrankene. For å unngå dobbeltbehandling har jeg valgt å strukturere den videre fremstilling på følgende måte. I *kapittel 4* vil jeg fastlegge skrankene som fremkommer av grl. § 97 og EMK P1-1. Deretter vil jeg i *kapittel 5* foreta en nærmere undersøkelse av enkelte momenter som typisk vil være relevante for vurderingen av lovgivers inngrep i festeavtaler. Dette gir den nødvendige bakgrunn for en nærmere vurdering av hovedbestemmelsen om regulering av festeavgift i tfl. § 15 i *kapittel 6*, og lovforslaget om endring av bestemmelsene om regulering av festeavgift ved forlengelse etter tfl. § 33 i *kapittel 7*.

I *kapittel 8* vil jeg foreta enkelte sammenfattende bemerkninger.

³⁸ Falkanger (2013) s. 259.

2 Avtalen mellom partene

2.1 Innledning

Ved vurdering av hvilken adgang lovgiver har til å gripe inn i avtalen mellom partene er det *avviket fra det avtalte* som må vurderes. Grunnen til dette er at partene har en forventning om at inngåtte avtaler skal holdes, og at lovgiver som hovedregel respekterer dette. Festeavtalen er inngått fordi partene ønsket å regulere et bestemt mellomværende på en rettslig bindende måte.³⁹ Grunneier burde da kunne stole på at festeren oppfyller som han skal, selv om oppfyllelsen er blitt vesentlig tyngre enn forutsatt. Dette sikrer forutberegnelighet, og muliggjør den gjensidige utvekslingen av ytelser som det moderne samfunn er bygget på.⁴⁰ At lovgiver respekterer avtalen mellom partene har dermed en samfunnsmessig verdi ut over hensynet til partene.

Ved avtaleinngåelsen står partene i utgangspunktet fritt til å bestemme festeavgiftens størrelse, samt hvordan regulering av festeavgiften skal finne sted, med mindre festeavgiftens størrelse kan anses urimelig.⁴¹ Partene står dermed i samme stilling som ved fastsettelse av vilkårene for vederlaget i enhver annen kontrakt.

Ettersom avtalen er det sentrale utgangspunktet for senere inngrepsvurderinger, er det nødvendig å se nærmere på den reguleringsadgang som vil kunne foreligge etter festeavtalen (punkt 2.2). Deretter vil jeg behandle partenes forutsetninger for avtaleinngåelsen (punkt 2.3).

Det er særlig de avgiftsøkninger man har kunnet forvente i eldre festeforhold med såkalte tomteverdiklausuler som har begrunnet inngripende reguleringer i nåværende lovgivning.⁴² Her vil avviket mellom avtale og lov kunne bli vesentlig. Festeavgiftens beregning etter tomteverdien er derfor helt sentralt for senere drøftelser, og krever en særskilt behandling (2.4).

2.2 Reguleringsadgangen etter avtalen

For å kunne ta stilling til om festeavgiften i et bestemt festeforhold kan reguleres, må det avgjøres *om* regulering kan kreves på det aktuelle tidspunkt, *hvordan* en eventuell regulering

³⁹ Haaskjold (2013) s. 50.

⁴⁰ L.c.

⁴¹ Urimelighetssensur av festeavgiften behandles under punkt 3.2.

⁴² Se Falkanger (2013) s. 302.

skal gjennomføres og *hvor mye* festeavgiften kan reguleres opp eller ned. Det er da nødvendig å se hen til avtalen mellom partene.

Det er nærliggende å dele inn festeavtalene i to kategorier. Den ene er avtaler som er tause om reguleringsspørsmålet, og den andre er avtaler som inneholder bestemmelser om reguleringsadgangen.

Der *avtalen ikke inneholder reguleringsbestemmelser*, er utgangspunktet etter alminnelig avtalerett at regulering ikke kan skje. For avtaler inngått før tomtefesteloven av 1975 trådte i kraft ble dette også lagt til grunn i praksis.⁴³ Dette slo svært uheldig ut der bortfester ikke hadde betinget seg reguleringsadgang ved inngåelsen av langvarige festeavtaler. Den opprinnelige avtalte avgiften stod da fast i hele festetiden, selv om pengeverdien endret seg.⁴⁴ Både generelle lempningsregler og preseptoriske lovbestemmelser har imidlertid modifisert dette utgangspunktet.⁴⁵

Rt-1988-276 (Røstad) og Rt-1988-295 (Skjelsvik) er i den forbindelse sentrale. Sakene gjaldt tidsubegrensede festekontrakter, hvor festeavgiften var redusert til henholdsvis 4 og 13-14 prosent av den opprinnelige verdien. Etter det nominalistiske prinsipp som hadde vært gjeldende i norsk rett kunne ikke oppregulering av fastavgiften skje uten hjemmel. Høyesterett gav likevel bortfesterne anledning til å øke festeavgiftene etter endringen av pengeverdien fra avtaletidspunktet til domstidspunktet etter avtl. § 36.⁴⁶

Der *avtalen inneholder reguleringsbestemmelser*, er utgangspunktet at festeavgiften kun kan reguleres til det nivå avtalen tilsier. I praksis er det særlig to reguleringsformer som benyttes.

Den mest brukte reguleringsformen er regulering etter *endringen i pengeverdien*.⁴⁷ Avtalen inneholder da normalt en bestemmelse om inflasjonsjustering av festeavgiften. Inflasjon er vedvarende vekst i det generelle prisnivået, og det samme som fall i verdien av penger.⁴⁸ Man får dermed færre varer enn før for en bestemt pengesum, og fremtidig festeavgift med uendret kronebeløp vil være mindre verdt enn på avtaletiden. Den prosentvise endringen i Statistisk Sentralbyrås konsumprisindeks (heretter også KPI) benyttes nå som mål for inflasjonen. KPI er et mål for prisnivået til konsumprodukter, som viser prisutviklingen på varer

⁴³ Gyldendal Rettsdata (2013) note 25.

⁴⁴ Gyldendal Rettsdata (2013) note 25.

⁴⁵ Se punktene 3.2 og 3.3 for dagens inngrep. For tidligere rettstilstand se 1.5.

⁴⁶ En nyere avgjørelse som illustrerer det samme er Rt-1995-674 (Grimstad).

⁴⁷ Se Ot.prp.nr.41 (2003-2004) s. 12 og vedlegg 2 tabell 2.6.

⁴⁸ *Inflasjon og Spørsmål og svar om inflasjon*, Norges Bank (2014).

og tjenester som etterspørres av private husholdninger.⁴⁹ KPI overtok for levekostnadsindeksen som gjaldt fra 1920-1960.

Regulering etter *endringen i tomteverdien* er også en vanlig beregningsmåte.⁵⁰ Formuleringer som kan anses som en henvisning til regulering etter tomteverdien er blant annet tomteverdi, markedsverdi, full revisjon etter vanlige festeavgifter, samt prisnivået i strøket, distriktet eller omegnen.⁵¹ Med mindre det er angitt klare retningslinjer for beregningen, eksempelvis i form av en fast prosentsats av en definert tomteverdi, vil vurderingen i stor grad bero på skjønn. Beregning av festeavgiften på dette grunnlaget er derfor mer komplisert enn etter en fast konsumprisindeks, og vil behandles nedenfor.

Man kan tenke seg andre former for regulering enn KPI og tomteverdi. KPI er kun en av mange ulike indekser som kan benyttes for å fiksure pengeverdien. Til illustrasjon er enkelte gamle kontrakter knyttet til et visst antall sekker hvete eller andre forbruksvarer.⁵² Spørsmål som vedrører andre reguleringsformer enn KPI og tomteverdi vil ikke behandles nærmere i det videre.

Når regulering kan kreves vil normalt være regulert i kontrakten. Det vanlige er at festeavgiften ligger fast i perioder. Avtalen inneholder eksempelvis en adgang til regulering hvert tiende år.

Der reguleringsbestemmelsene er uklare må avtalen tolkes. Festeavtalen viser eksempelvis til en regulering etter «skjønn».⁵³ Utgangspunktet tas i partenes forutsetninger på avtaletidspunktet. Det dreier seg her om kontrakter som er inngått langt tilbake i tid, ofte mellom andre parter. Innholdet kan være preget av stor tilfeldighet, særlig i festeforhold med uprofesjonelle parter. Dette fører til at avtalen normalt underlegges en objektiv tolking.

2.3 Partenes forutsetninger for avtaleinngåelsen

Siktemålet med dette avsnittet er å fastlegge en del faktorer som det må antas at har vært, og til dels fortsatt er, av betydning for inngåelse og utforming av festekontrakter. Dette vil kunne kaste lys over hvordan festeavtalens reguleringsbestemmelser skal forstås, samt gi veiledning

⁴⁹ Offentliggjøres på Statistisk sentralbyrås nettsider, hvor endringen i pengeverdien kan beregnes fra 1865. Norges Bank har utarbeidet indeks som skal beregne fallet i pengeverdien siden 1516.

⁵⁰ Se Ot.prp.nr.41 (2003-2004) s. 12 og vedlegg 2 tabell 2.6.

⁵¹ For enkelte av disse, se under «tvillaust»-kravet i punkt 3.4.2.2.

⁵² Se Lid (1961) s. 124-125.

⁵³ Se Rt-2006-1547 (Hvaler).

om partenes forventninger på avtaleinngåelsestidspunktet. I tillegg vil fremstillingen vise den variasjon som foreligger under samlebetegnelser som «avtalens parter» eller «festeavtaler». De nevnte forhold vil kunne påvirke lovgivers adgang til å gripe inn i partenes avtale om regulering av festeavgiften.

For begge parter må det antas at *økonomiske konsekvenser av lovgivningen* på avtaleinngåelsestidspunktet har vært styrende for valget mellom salg og feste. Det må legges til grunn at bortfester normalt velger å inngå festekontrakt istedenfor å selge tomten fordi dette er en *god og sikker investering*. Sammenliknet med andre risikofrie investeringer har avkastningen på festetomten ligget høyt.⁵⁴ En viktig faktor i dette er at det i tidsbegrensede kontrakter har vært en forutsetning om realisering av eiendommen ved avtalens utløp, i tillegg til den løpende innkasseringen av verdistigningen man har hatt i form av festeavgift. Det siste kommer gjerne til uttrykk ved at det er avtalt regulering av festeavgiften etter tomteverdien.

Inngåelse av festekontrakt har antakelig også vært ansett gunstig av fester. Tidligere var *pengemarkedet* en sentral begrunnelse for inngåelse av festekontrakt.⁵⁵ Det kunne være vanskelig å finansiere kjøp av byggetomt, og dermed en fordel å kunne feste en tomt mot en årlig avgift. I senere tid er finansieringssituasjonen blitt en helt annen. Likevel har det antakelig vært attraktivt for en del festere å kunne investere mer i opparbeiding av eiendommen og bebyggelsen, istedenfor å binde opp kapital ved å kjøpe tomten.⁵⁶

Den offentlige *prisreguleringen* har antakelig også motivert inngåelse av tomtefeste-kontrakter, samt vært bestemmende for avtalens utforming.⁵⁷ Bortfester kan ha hatt en forutsetning om å innkassere en større fortjeneste ved et senere salg uten pristak. I mange tilfelle har partene i tillegg avtalt at festeavgiften skal kunne reguleres etter tomteverdi i tilfelle prisreguleringen oppheves. Fester kan på sin side ha sett investering i bebyggelse på festet tomt som sikker, ut fra en forutsetning om at festeavgiften ville være lave også i fremtiden. Dette kan ha vært årsaken til at festere i en rekke kontrakter har inngått avtaler med tomteverdiklausuler, uten å ta høyde for at disse ville kunne komme til anvendelse på et senere tidspunkt. Risikoen for store avgiftsøkninger har imidlertid da ligget i kontrakten festeren har inngått

⁵⁴ Se om festerenten i punkt 5.5.3.

⁵⁵ Lid (1961) s. 18.

⁵⁶ NUT 1971:3 s. 7.

⁵⁷ Lid (1961) s. 20.

med åpne øyne. Spørsmålet for lovgiveren blir her i hvilken grad bortfester skal tillates å posisjonere seg med tanke på opphevelse, med de konsekvenser det kan få for fester.

I tillegg til de ovennevnte forhold, må det antas at *følelsesmessige årsaker* har gjort det lettere for grunneier å feste bort tomter enn å selge. Det særnorske odelsinstituttet har antakelig hatt en påvirkning, i hvert fall på det psykologiske plan.⁵⁸ Det er en vanlig innstilling blant norske bønder at man har et særlig ansvar for den jorden man har fått i arv, som også er grunntanken bak odelsinstituttet. Det er ikke uvanlig at en bonde nekter å selge en tomt av slektsgården, men at han derimot synes bortfeste er helt i orden.⁵⁹ Det kan ikke automatisk legges til grunn at dette i seg selv etablerer en berettiget forventning hos bortfester om at han skal få disposisjonsretten over tomten tilbake. Sterke hensyn tilsier imidlertid at eiendomsrett ikke formelt skal overføres til fester.⁶⁰

Helt *konkrete personlige forhold* kan også ha begrunnet avtaleinngåelsen. Festeavtalen er eksempelvis inngått mellom familiemedlemmer som ledd i et arveoppgjør. Dette kommer gjerne til uttrykk ved at festeavgiften er bagatellmessig.

Det er etter dette et bredt spekter av hensyn som kan motivere inngåelse av feste-kontrakt, og fremstillingen er ikke uttømmende. Redegjørelsen er godt egnet til å vise det komplekse bildet lovgiver står overfor når festekontraktene skal lovreguleres. Gruppen av kontrakter er heterogen, og spenner over alt fra de mer kommersielt motiverte kontraktsinngåelser – hvor forutsetningen for bortfester eksempelvis har vært å få størst mulig festeavgift gjennom regulering etter tomteverdien – og festeforhold innad i familien til et bagatellmessig vederlag. Behovet for vern av festers interesse varierer dermed sterkt. Dette vil påvirke hvilke inngrep lovgiver har adgang til å foreta i partenes avtale.

2.4 Særlig om beregning av festeavgift etter tomteverdi

2.4.1 Innledning

Forutsetningen for denne drøftelsen er at avtalen etter en tolkning bestemmer at festeavgiften skal reguleres etter tomteverdien. Det er typisk disse avtalene som har begrunnet inngripende

⁵⁸ Lid (1961) s. 23.

⁵⁹ Ibid. s. 24.

⁶⁰ Det er slike hensyn som begrunner det såkalte landbruksunntaket i tfl. § 34 som innebærer at innløsning ikke kan kreves for tomter hvor det aktivt drives landbruk.

lovgivning av adgangen til å regulere festeavgiften etter avtalen. For de videre drøftelser er det derfor nødvendig å se nærmere på hvordan festeavgiften fastsettes etter avtalen.

Avtalen gir ikke nødvendigvis klart uttrykk for hvordan beregningen av festeavgiften etter tomteverdien skal foretas. Etter fast praksis skal festeavgiften i mangel av andre holdpunkter utgjøre en *rimelig avkastning av de verdier tomten representerer*. For å beregne den årlige festeavgift må den aktuelle råtomtverdien multipliseres med en festerente.⁶¹ Det er derfor nødvendig å se nærmere på prinsippene for verdsettelse av råtomtverdi og fastsettelse av festerente.

2.4.2 Beregning av råtomtverdi

Råtomtverdien av en festetomt er antatt salgspris på reguleringstidspunktet, i den stand tomten var i på avtaletidspunktet.⁶² Dette innebærer at det må ses bort fra verdiøkningen som er tilført av festeren, men tas hensyn til verdistigningen som skyldes senere offentlige tiltak og samfunnsutviklingen generelt.⁶³ Avgjørelser vedrørende feste til andre formål enn bolig- og fritidshus kan gi veiledning så langt de passer.

Ved verdsettelsen er det naturlig å se hen til ekspropriasjonsrettslige prinsipper. Høyesterett har i Rt-2008-1628 (Våle prestegård) uttalt at «[d]et må ... ha formodningen mot seg at en grunneier ved en frivillig disposisjon gir fra seg en eiendom til en lavere pris enn grunneieren ville fått ved ekspropriasjon».⁶⁴ Saken gjelder feste av skoletomt.

Antatt salgspris er som hovedregel det vanlige kjøpere ville gitt for den aktuelle eiendommen ved frivillig salg.⁶⁵ Fastsettelsen skjer etter en bred helhetsvurdering, hvor salgsprisen på tomter i strøket med tilsvarende formål og attraktivitet vil være et relevant sammenlikningsgrunnlag.⁶⁶ Det vil ofte være aktuelt å innhente takst på eiendommen.

⁶¹ Til illustrasjon vil en tomt verdt kr. 100.000 multipliseres med en festerente på 5 prosent (rentefot 0,05), som gir en festeavgift på kr. 5000.

⁶² Jf. LB-2010-85899 som gjaldt verdsettelse av borettslag.

⁶³ LB-2010-85899.

⁶⁴ Avsnitt 35.

⁶⁵ Se ekspropriasjonserstatningslova (heretter orvl.) § 5.

⁶⁶ Det kan anvendes ulike verdsettelsesprinsipper ved den konkrete fastsettelse av salgsverdien. For tomter til bolig- og fritidshus må det antas at den såkalte markedsverdimetoden, hvor det foretas en sammenlikning med andre eiendomssalg, er mest benyttet.

Et spørsmål det må tas stilling til, er hvilken verdiøkning som skyldes *festerens tiltak*. Denne verdiøkning kommer ikke bortfester til gode ved en eventuell fordeling av verdistigningen på tomten.⁶⁷ Det tas i praksis ofte utgangspunkt i tomtens tilstand i dag, og gjøres fradrag for den verdiøkning som kan tilbakeføres til festeren. Fradrag krone for krone krever særlig grunnlag.⁶⁸ Der festeren har bekostet infrastruktur som vei, vann, kloakk og elforsyning på festetomten, er det klart at det skal gjøres fradrag. Dette gjelder også tiltak utenfor festetomten, som direkte kan tilbakeføres til festerens innsats.⁶⁹ Festeren pålegges f.eks. å utbedre veien frem til et boligområde.

Det må gå en grense for hvilken verdiøkning som er relevant. I LH-2012-16666-1 ble festerne av tomt til aluminiumsverk i Mosjøen ikke hørt med at det måtte gjøres fradrag for den verdiøkning som skyldtes mer indirekte ringvirkninger av virksomheten for næringslivet i kommunen, sysselsettingen, kommunens skatteinntekter og tomteprisene i området. Dette ble ansett som samfunnsskapt verdistigning som kommer grunneier til gode selv om festeren selv hadde vært delaktig i utviklingen, jf. også Rt-2008-1628 (Våle prestegård) hvor det samme gjaldt opparbeidet infrastruktur. Av dette kan det legges til grunn at festeren ikke vil få fradrag for den lokale utviklingen festerens tilstedeværelse i området har medført. Etablering av et boligfelt på festetomt har eksempelvis nødvendiggjort skole, barnehage og butikker i området slik at den generelle attraktiviteten er økt. Verdiøkning som følge av dette vil ble ansett å skyldes samfunnsutviklingen generelt, og skal hensyntas ved verdsettelsen. Hva som er tilført av festeren må forstås mer direkte, som utjevning og utfylling av tomten, fjerning av forurensete masser eller liknende positive tiltak.⁷⁰

Påstående bebyggelse, eller hva det vil koste å erverve eller fjerne denne, skal ikke hensyntas ved vurderingen.⁷¹ Verdiøkning som følge av festerens tiltak må derfor avgrenses mot byggekostnader festeren selv må stå for. I RG-2009-601 (Borgarting) ble kostnader med regulering og planlegging ikke ansett å gi fradrag, selv om dette hadde gitt en verdiøkning. Dette ble ansett som vanlige byggekostnader.

⁶⁷ Se punkt 5.5.4.

⁶⁸ RG-2009-601 (Borgarting).

⁶⁹ I RG-2009-601 (Borgarting) ble verdistigningen som skyldtes at festeren hadde oppgradert veier i området trukket fra.

⁷⁰ RG-2009-601 (Borgarting), LH-2012-16666-1.

⁷¹ Jf. LB-2013-79322.

Ved vurderingen av salgsverdien vil det kunne ha stor betydning hvilken *utnyttelse* som kan legges til grunn på tomten. I ekspropriasjonsretten fastsettes salgsverdien med utgangspunkt i påregnelig utnyttelse av tomten.⁷² Påregnelig utnyttelse tilsvarer ikke nødvendigvis den aktuelle bruk på verdsettelsestidspunktet. Det må foretas en alminnelig bevisvurdering vurdering av fremtidig, realistisk utnyttelse av den aktuelle eiendom på en tenkt kjøpers hånd. Annen påregnelig bruk kan både foreligge i form av intensivering av eksisterende bruk, og ved en alternativ bruk som vil gi en høyere verdsettelse. Et tidligere boligområde er f.eks. nå blitt et attraktivt næringsområde. Det må da tas utgangspunkt i gjeldende regulering, og man må spørre seg om tilsvarende eller en annen bruk er påregnelig. Dersom en mer intensiv bruk kan legges til grunn, kan verdiene bli svært høye. Det ville eksempelvis vært påregnelig med ti hytter i stedet for én. Det er etter dette klart at råtomtverdien som hovedregel vil settes ut fra påregnelig utnyttelsesgrad dersom loven ikke hadde regulert forholdet. På dette punkt har imidlertid lovgiver sett seg nødt til å gripe regulerende inn av hensyn til fester.⁷³

Problemet er at beregningen av råtomtverdien kan være sterkt skjønnsmessig, slik at salgsverdien vil variere mellom takstmenn og over tid.⁷⁴ I tillegg kan prisene ved høykonjunktur bli veldig høye i pressområder. Tomteverdiklausuler kan dermed skape usikkerhet og tvister, og være en belastning for samfunnet. Selv om tilsvarende usikkerhet foreligger ved verdsettelse generelt, har dette begrunnet inngrep i adgangen til å benytte tomteverdi som reguleringsgrunnlag.⁷⁵ Nyere praksis fra EMD kan imidlertid tyde på at lovgivers adgang til å gripe inn i bortfesteres mulighet til å ta del i realverdiøkningen på tomten er begrenset.⁷⁶

2.4.3 Beregning av festerente

Festerenten skal sikre bortfester en rimelig avkastning av verdier festetomten representerer på reguleringstidspunktet. Rettspraksis om fastsettelse av festerente ved feste for andre formål enn bolig- og fritidshus er relevant.⁷⁷ Dette sikre utgangspunkt er blant annet gjengitt i Rt-2001-149:

⁷² Jf. orvl. § 5 og Rt-2011-1683.

⁷³ Se om begrensning til eksisterende bruk i punkt 3.4.3.2.

⁷⁴ Se Norges Takseringsforbunds høringsuttalelse i Ot.prp.nr.41 (2003-2004) s. 19 og 24.

⁷⁵ Se kapittel 3.

⁷⁶ Se punkt 5.5 om festeavgiftens størrelse.

⁷⁷ Festeformålet hensyntas gjennom fastsettelsen av råtomtverdien, og skal derfor ikke i tillegg tas i betraktning ved beregning av festerenten jf. Rt-2001-149 s. 156.

«Avkastningen skal fastsettes under hensyn til rentenivået på reguleringstidspunktet. Dette innebærer, slik jeg ser det, at bortfester skal sikres det som ville ha vært en normal, rimelig avkastning av de verdier festearealet representerer, dersom arealet var blitt solgt og pengene plassert på en annen måte».⁷⁸

Der en regulering skal gi uttrykk for en avkastning av tomteverdien er det de nevnte prinsipper som legges til grunn. Dette er i samsvar med det som fulgte av § 14 jf. § 13 i tomtefesteloven av 1975 og harmonerer også med det som ble lagt til grunn i avtalepraksis før 1975-loven.⁷⁹

Festerenten skal fastsettes etter sammenlikning med alternative investeringer. Festeavgiften anses som en relativt sikker inntekt, ettersom bortfesteres krav kan sikres gjennom pant i både bebyggelsen og festeretten jf. tfl. § 14. Det er derfor rentesatsen for en «langsiktig plassering med liten risiko, eksempelvis bankinnskudd på spesielle vilkår eller norske statsobligasjoner» som er utgangspunktet for fastsettelsen av festerenten.⁸⁰ Selv om bankinnskudd er nevnt som sammenlikningsgrunnlag i flere avgjørelser, tar domstolene likevel oftest utgangspunkt i en statsobligasjonsrente.⁸¹

Ved rentefastsettelsen må det legges vekt på *reguleringsintervallets lengde*.⁸² Renten skal gjenspeile bortfesterens rimelige avkastning av den kapital tomteverdien representerer i tiden frem til neste regulering.⁸³ Jo lenger reguleringsintervall, desto større usikkerhet er det om fremtidig renteutvikling.⁸⁴ For en kontrakt med 10-årige reguleringsintervaller tas det utgangspunkt i 10-årig statsobligasjonsrente.

Når siktemålet er å finne frem til en avkastning på lang sikt, er det naturlig at også *påregnelige renteendringer* må tas i betraktning.⁸⁵ Markedsrenten og den forventede utviklingen

⁷⁸ Side 156.

⁷⁹ Se LA-2008-130926.

⁸⁰ Se Rt-2004-181 avsnitt 51.

⁸¹ Bankinnskudd nevnes også i Rt-2005-1202 (Falkum) avsnitt 29.

⁸² Rt-2004-181 avsnitt 51.

⁸³ Se LH-2012-16666-1.

⁸⁴ Se LH-2012-16666-1.

⁸⁵ Se eksempelvis LB-2010-85899.

av denne står da sentralt.⁸⁶ Det har vært en synkende tendens i rentenivået. Det hitsettes en oversikt over statsobligasjonsrentens årsgjennomsnitt for 2004-2013:⁸⁷

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
3 år	2,95	2,90	3,74	4,79	4,53	2,71	2,46	2,24	1,44	1,63
5 år	3,61	3,27	3,90	4,77	4,43	3,33	2,83	2,56	1,59	1,93
10 år	4,36	3,74	4,07	4,78	4,47	4,00	3,52	3,12	2,10	2,58

Utviklingen av markedsrenten henger nøye sammen med den økonomiske utviklingen.⁸⁸ For å fastlegge påregnelige fremtidige renteendringer må det derfor ses hen til varslede endringer i styringsrente og NIBOR-renten (interbankrenten).

Det er påregnelig utvikling på tidspunktet reguleringen kreves som er avgjørende. Når tvisten skal avgjøres av retten vil det imidlertid ofte ha gått en viss tid av reguleringsperioden. Det legges da spesiell vekt på tid som allerede har gått, som gir den faktiske oppnådde rente.⁸⁹ Om varslede renteøkninger som forelå på reguleringstidspunktet lar vente på seg, vil renten måtte justeres ned.⁹⁰ Der man bare kjenner den faktiske renteutviklingen i en mindre del av et lengre reguleringsintervall på tidspunktet tvisten skal avgjøres av retten, skal det imidlertid mye til for å fravike langtidsrenten som gjaldt på reguleringstidspunktet.⁹¹

Selv om det i utgangspunktet foretas en vurdering av hva som representerer en rimelig avkastning av festetomten, synes fastsettelsen av festerenten i liten grad å ta hensyn til særlige forhold i den konkrete festeavtalen. Hvilken prosentandel av tomteverdien den opprinnelige fastsatte festeavgiften gjenspeiler, tas eksempelvis normalt ikke i betraktning. Det kan likevel

⁸⁶ Se LA-2007-110858.

⁸⁷ Norges Bank. Årsgjennomsnitt av daglige noteringer.

⁸⁸ Se LA-2007-110858.

⁸⁹ I LB-2010-85899 var over halve reguleringsperioden gått. Gjennomsnittlig 10-årig statsobligasjonsrente fra 2005-2010 på 4,07 ble derfor lagt til grunn som utgangspunkt for rentenivået. I LH-2012-16666-1 var det gått 6 ½ år av en periode på 25 år. Det ble her lagt «spesiell vekt» på renten i disse årene.

⁹⁰ I LB-2010-85899 ble det uttalt at tidligere signaler om renteøkninger i noen grad var nedjustert. Rentesatsen i LB-2008-29294, LA2008-130926 og LA-2007-110858 på henholdsvis på 5, 5 og 6 prosent var satt høyere enn renten faktisk hadde vært de siste år, og kunne ikke legges til grunn.

⁹¹ I LB-2013-46776 var det ikke grunnlag for å fravike langtidsrenten som gjaldt på reguleringstidspunktet, selv om statsobligasjonsrenten var gått ned fra 4,47 i 2008 til 2,10 i 2012. Det var da bare gått fire år av et reguleringsintervall på 25 år.

ikke utelukkes at det opprinnelige balanseforholdet i kontrakten kan være et relevant moment når spørsmålet om hva som utgjør en rimelig avkastning i det aktuelle festeforholdet skal avgjøres.

Under henvisning til at festeavgiften skal gi en realavkastning gir domstolene ofte statsobligasjonsrenten et *påslag for risiko og administrasjon*. Det må legges til grunn at risikoen i hovedsak relaterer seg til eventuelle påregnelige renteendringer. Der det er holdepunkter for slike er dette uproblematisk. Riktigheten av tilleggets størrelse er imidlertid vanskelig å vurdere, ettersom det normalt ikke er begrunnet nærmere. Det er derfor også vanskelig å utelukke at det er tatt hensyn til konkrete forhold i avtalen.

Festerentene i rettspraksis har normalt ligget i sjiktet 4-6 prosent i de siste 10 år. I den senere tid har imidlertid retten ofte falt ned på en rente på 5 prosent.

Domstolene har tilsynelatende utviklet en fremgangsmåte for beregningen av festerenten som er grei å følge. Det tas utgangspunkt i rentesatsen for statsobligasjoner, som justeres for påregnelige renteendringer, annen risiko og administrasjonskostnader. De nevnte prinsippene for beregningen gjentas ofte i senere avgjørelser. Jeg vil imidlertid allerede nå peke på at beregningsmåten er kritisert fra fagøkonomisk hold. Kritikken vil behandles nedenfor.⁹²

2.5 Sammenfatning

Den opprinnelige avtalte festeavgiften, og avtalt regulering av denne, gir uttrykk for den økonomiske balansen i festeavtalen. Avtalerettslige prinsipper medfører at avtalen danner grunnlag for bortfesters og festers forventninger og risiko for avtalens løpetid. Ved etterfølgende lovinngrep er det derfor avviket fra *det avtalte balanseforholdet* som må vurderes.

⁹² Se punkt 5.5.3.

3 Lovinngrep i partenes reguleringsavtale

3.1 Innledning

Reglene i tomtfesteloven er som utgangspunkt preseptoriske til vern for festeren, med mindre annet er sagt i loven eller fremgår av sammenhengen, jf. § 4. Loven vil med andre ord gå foran avtalens bestemmelser, der ikke annet fremgår av loven selv. Tomtfesteloven får som hovedregel anvendelse på ethvert festeforhold, uavhengig av festeformål og stiftelsestidspunkt. I tillegg til de begrensninger som følger av de preseptoriske regler, må festeavgiften ligge innenfor grensene som fremkommer av mer generelle bestemmelser om urimelighets-sensur.

I dette kapitlet er siktemålet å fastlegge lovgivers inngrep i partenes avtale om regulering av festeavgiften. I de påfølgende kapitler vil jeg deretter vurdere hvorvidt de lovinngrep som foreligger er akseptable etter de skranker som foreligger for lovgivers inngrepskompetanse.

Lovens inngrep i avtalen vil bero på hvilken reguleringsadgang som følger av loven, holdt opp mot den reguleringsadgang som ville vært gjeldende etter festeavtalen. For å kunne danne et godt grunnlag for hvilke inngrep loven innebærer, har jeg valgt å foreta en relativt grundig gjennomgang av reguleringsadgangen som fremkommer av loven.

I det videre er det naturlig å først se kort på bestemmelser som gir grunnlag for urimelighetssensur av festeavgiften (punkt 3.2). Deretter vil det gis en oversikt over hovedbestemmelsen om regulering i tfl. § 15 (punkt 3.3), før overgangsreglene i annet ledd presenteres nærmere (punkt 3.4). Etter dette behandles regulering ved forlengelse etter tfl. § 33 (punkt 3.5), og enkelte sammenfattende bemerkninger (punkt 3.6).

3.2 Urimeelighetssensur av festeavgiften

Tfl. § 11 inneholder et forbud mot urimeelig høye festeavgifter:

«Det kan ikkje avtalast eller krevjast ei festeavgift som er urimeleg høg i høve til det som vanlegvis vert betalt på staden ved nye feste av liknande tomter på liknande avtalevilkår.»

Formuleringen «avtalast eller krevjast» innebærer at forbudet gjelder både ved avtaleinngåelsen, og under avtaletiden.⁹³ Vurderingstemaet for urimelighetsvurderingen følger direkte av lovteksten. Festeavgiften sammenliknes med det som vanligvis blir betalt i nye festeforhold på stedet, for liknende tomter på likende avtalevilkår.

Ethvert avvik fra festeavgiften i sammenliknbare festeforhold vil ikke være urimelig. Det må dreie seg om et «klårt og ikkje uvesentleg avvik».⁹⁴ Avviket skal vurderes konkret. Det skal f.eks. mindre til før det foreligger urimelighet ved feste av tomt til bolig- og fritidshus enn ved feste av tomt til næringsformål.⁹⁵

Festekontrakter med *vilkår som ikke gyldig kan avtales i dag* faller utenfor anvendelsesområdet til tfl. § 11. Dette følger allerede av lovens ordlyd. Det er da ikke mulig å finne «nye» avtaler med «liknende avtalevilkår» å sammenlikne med. Det samme følger av Rt-2011-1359 (Søndre Skøyen), hvor markedsvurdering etter tfl. § 11 ble ansett umulig «siden det i dag ikke er adgang til å inngå bindende avtale om feste mot lån til bortfester, jf. tomtefesteloven § 6».⁹⁶ Det samme må gjelde andre avtaler som ikke bindende kan inngås i dag.⁹⁷ Også der *avtalen gyldig kunne vært inngått i dag* vil det ikke alltid vil være mulig å finne festeavgifter å sammenlikne med.⁹⁸ I lagmannsrettspraksis har det likevel vært foretatt en bredere vurdering etter tfl. § 11 i slike tilfelle.⁹⁹ Antakelig viser praksis en indirekte bruk av avtl § 36.

Etter forarbeidene går ikke tfl. § 11 lenger enn det som følger av prisl. § 2 og avtl. § 36.¹⁰⁰ Tomtefestelovens bestemmelse er først og fremst en påminnelse for de som ikke kjenner de to nevnte paragrafene.¹⁰¹

⁹³ Departementet foreslo opprinnelig kun et forbud mot å *avtale* urimelig høy festeavgift, se Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 54. Etter Justiskomiteéns initiativ ble også det å *kreve* urimelig høy festeavgift omfattet, fordi «man også ved fremtidige reguleringer tilsikter å opprettholde en balanse i avtaleforholdet» jf. Innst.O. nr. 85 (1995-1996) s. 5.

⁹⁴ Se Falkanger (2013) s. 299, med videre henvisninger.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 55.

⁹⁶ Avsnitt 44.

⁹⁷ Tfl. § 6 annet ledd forbyr «innfestingspenger», at festeren må betale for å etablere festeforholdet.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 29 (1999-2000) s. 12 bruker som eksempel eldre avtaler i «festna bustadområde».

⁹⁹ Se eksempelvis RG-2006-176 (Hålogaland) og RG-2006-674 (Agder) Se Berg (2007) for kritiske bemerkninger om lagmannsrettens fremgangsmåte.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 16-17 og 54.

¹⁰¹ Se Falkanger (2013) s. 299 og Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 16.

Etter avtl. § 36 kan en avtale «helt eller delvis settes til side eller endres» dersom det vil «virke urimelig [...] å gjøre den gjeldende». Bestemmelsen kan ramme både høy og lav festeavgift. Om det foreligger slik urimelighet vil bero på en konkret helhetsvurdering, med utgangspunkt i momentene i annet ledd. Vurderingstemaet vil være preget av mer generelle rimelighetsbetraktninger enn tfl. § 11. Tomtefestelovens bestemmelse vil dermed ha praktisk betydning selv om den konsumeres av avtl. § 36, ettersom vurderingstemaet er mer presist og tilpasset tomtefestesaker. Resultatet burde uansett bli det samme, og det er da av mindre betydning hvilken bestemmelse vurderingen rubriseres under.

Pristl. § 2 gir et forbud mot «å ta, kreve eller avtale priser som er urimelige». Bestemmelsen har hatt liten praktisk betydning på festeområdet, og vil derfor sjelden ha selvstendig betydning ved spørsmål om regulering av festeavgift.¹⁰²

Bestemmelsene om urimelighetssensur kan etter dette ikke anses å gjøre nevneverdige inngrep i festeavtalers reguleringsbestemmelser. Det må antas at det kun i mer spesielle tilfelle vil foreligge grunnlag for å nedjustere festeavgiften etter tfl. § 11 eller avtl. § 36. Det er derfor tomtefestelovens preseptoriske bestemmelser som vil utgjøre de problematiske begrensinger av bortfesteres rett til regulering av festeavgiften.

3.3 Oversikt over hovedbestemmelsen om regulering i tfl. § 15

Tfl. § 15 er hovedbestemmelsen om regulering av festeavgiften. Bestemmelsen lyder (egen nummerering av ledd):

«(1) Ved feste av tomt til bustadhus og fritidshus kan kvar av partane krevje at festeavgifta blir regulert i samsvar med endringa i pengeverdien sidan festeavtala vart inngått. Har festeavgifta vorte regulert, er det den avgifta som lovleg vart innkrevd etter forrige regulering, som kan bli regulert i samsvar med endringa i pengeverdien sidan det tidspunktet. Har partane tvillaust avtalt at festeavgifta skal stå uendra, eller har dei avtalt ei lågare regulering enn det som følgjer av endringa i pengeverdien, gjeld denne avtala istaden.

(2) Er ei avtale om feste av tomt til bustadhus eller fritidshus gjort før 1. januar 2002, gjeld desse reglane for den første reguleringa som skjer frå 1. januar 2002 eller seinare:

¹⁰² Til illustrasjon ble pristl. § 2 ikke nevnt da Justisdepartementet foretok en generell vurdering av domstolsprøving av oppregulering av urimelig festeavgift ved innføringen av høyestebeløpet i tfl. § 15 annet ledd i 2000. I Rt-2011-1359 (Søndre Skøyen) avsnitt 44 tar Høyesterett kort avstand fra pristl. § 2 under henvisning til at bestemmelsen «neppe har noen selvstendig betydning ved siden av avtaleloven § 36».

1. Når regulering skal skje i samsvar med endringa i pengeverdien, kan bortfestaren krevje regulering i samsvar med endringa sidan festeavtala vart inngått, sjølv om festeavgifta har vore regulert før.
 2. Bortfestaren kan krevje avgifta regulert i samsvar med det som tvillaust er avtalt. Men er avtala inngått 26. mai 1983 eller før, kan bortfestaren likevel ikkje krevje avgifta regulert meir enn til eit høgstebeløp om året for kvar dekar tomt eller til det beløpet som regulering i samsvar med pengeverdien ville gje. Høgstebeløpet etter andre punktum er kr 9.000 justert ved kvart årsskifte etter 1. januar 2002 i samsvar med endringa i pengeverdien. Dette høgstebeløpet gjeld òg der tomte er mindre enn eitt dekar.
 3. Gjer avtala at verdien av tomt utan hus er ein del av reknegrunnlaget for ny festeavgift, skal verdien ikkje bli sett høgare enn det tomte kan seljast for om det berre er tillate å setje opp det eller dei husa som er på tomte.
 4. Har festeavgifta vorte regulert 1. januar 2002 eller seinare, kan festaren krevje ny regulering i samsvar med nr. 3 innan 1. januar 2006.
- (3) For andre festehøve enn tomt til bustadhus og fritidshus kan kvar av partane krevje den avtalte festeavgifta regulert i samsvar med endringa i pengeverdien i tida sidan festeavtala vart inngått, om dei ikkje tvillaust har avtalt at festeavgifta skal stå uendra eller dei har avtalt regulering på anna måte.
- (4) Vert partane ikkje samde om ny festeavgift og dei ikkje har avtalt eller vert samde om annan avgjerdsmane, høyrer avgjerda under skjønn.²
- (5) Avgiftsregulering kan skje kvart tiande år, om ikkje anna er avtalt. Avtala kan likevel ikkje fastsetje at reguleringa skal skje oftare enn kvart år.
- (6) Når avgiftsregulering er avhengig av at ein av partane krev det, kan kravet berre gjelde framtidige terminer.
- (7) Når ei festeavgift - eller høgstebeløpet - etter lov eller avtale skal bli regulert i samsvar med endringa i pengeverdien, skal reguleringa skje i samsvar med utviklinga i (den berekna) konsumprisindeksen frå Statistisk sentralbyrå. Ved regulering sidan festeavtala vart inngått i festehøve frå før 1865, skal ein regulere festeavgifta ut frå utviklinga i konsumprisindeksen frå 1865.»

Hovedregelen for «feste av tomt til bustadhus eller fritidshus» fremgår av første ledd første punktum. Bestemmelsen innebærer som utgangspunkt at all fremtidig løpende regulering av festeavgiften for tomter til bolig og fritidshus bare kan skje i samsvar med «endringa i pengeverdien», beregnet etter Statistisk sentralbyrås konsumprisindeks (heretter også KPI) jf. syvende ledd.

Reguleringen skal skje etter endringen i pengeverdien fra festeavtalen ble inngått, eller siden siste lovlige regulering fant sted, jf. første ledd annet punktum.¹⁰³ Hvis festeavgiften er regulert til et ulovlig høyt nivå, følger det av forarbeidene at den avgiften som lovlig kunne ha vært krevet, skal legges til grunn.¹⁰⁴ Reguleringen gjelder kun fremtidige terminer, jf. femte ledd.

Regulering skjer hvert tiende år, dersom ikke annet er avtalt, jf. sjette ledd. Det kan likevel ikke avtales regulering oftere enn hvert år.

Den generelle formuleringen i første ledd første punktum gir hovedregelen anvendelse på avtaler for bolig- og fritidshus, uavhengig av om det foreligger reguleringsklausul eller ikke, og uavhengig av inngåelsestidspunkt. En avtale om at det ikke skal skje regulering, eller regulering som gir lavere eller høyere festeavgift enn ved regulering etter fallet i pengeverdien, vil da i prinsippet være virkningsløs. For eldre avtaler innebærer dette et inngrep med klare tilbakevirkningselementer. For å begrense inngrepet er det gjort unntak både i festers og bortfesters favør.

Lovens *unntak i festerens favør* fremkommer av første ledd tredje punktum. Dersom det «tvillaust» er avtalt en lavere regulering, eller at festeavgiften skal stå uendret skal avtalen likevel gjelde. Festers interesse i at festeavgiften ikke skal reguleres høyere enn det som er avtalt er dermed respektert av loven. Disse avtalene vil derfor ikke behandles nærmere.

Lovens *unntak i bortfesters favør* fremkommer av annet ledd. Her har lovgiver innført en del overgangsregler for visse eldre avtaler. *Engangsløftet* i nr. 2 gir grunneier i eldre kontrakter adgang til å regulere festeavgiften én gang i samsvar med avtalen.¹⁰⁵ Etter en slik regulering skal alle kontrakter reguleres etter konsumprisindeksen, uavhengig av alder. Dette kan etter forholdene innebære et vesentlig inngrep i partenes avtale om regulering av festeavgiften. Bestemmelsen har forårsaket mange tvister, og vil behandles nedenfor.

¹⁰³ Falkanger (2013) s. 302.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 41 (2003-2004) s. 65.

¹⁰⁵ NOU 2013:11 s. 37.

3.4 Særlig om overgangsreglene i tfl. § 15 annet ledd – engangsløftet

3.4.1 Innledning

Overgangsreglene demper tomtefestelovens inngrep i festeavtalen. Avtalen er imidlertid ikke respektert fullt ut. Det er særlig fire begrensninger av adgangen til å foreta et engangsløft som kan redusere effekten. Tfl. § 15 annet ledd nr. 2 gir bortfesteren krav på regulering av festeavgiften «i samsvar med det som tvillaust er avtalt», og gjelder kun «den første reguleringa» fra 1. januar 2002. For avtaler inngått 26. mai 1983 eller før er det i tillegg et «høgstebeløp» for årlig festeavgift. Der tomteverdien er en del av festeavgiftsgrunnlaget bestemmer nr. 3 at tomteverdien ikke kan settes høyere enn salgsverdien til tomten «om det berre er tillate å setje opp det eller dei husa som er på tomta». Det foreligger med andre ord to vilkår for adgangen til å foreta et engangsløft, samt to begrensninger som relaterer seg til festeavgiftens størrelse. Dette innebærer for det første at inngrepets styrke vil bero på overgangsreglenes rekkevidde. For de avtaler som faller utenfor et engangsløft vil festeavgiften for fremtiden kun beregnes etter KPI. For de avtaler som gis adgang til et engangsløft beror inngrepet på avviket mellom festeavgiften beregnet etter avtalen og festeavgiften etter loven.

I alle de nevnte tilfelle vil innholdet i tomtefestelovens regler kunne være avgjørende for inngrepet. Det er derfor nødvendig å undersøke hvordan festeavgiften vil beregnes etter tomtefesteloven, slik at dette kan holdes opp mot festeavgiften slik den ellers ville vært regulert etter avtalen. Dette vil ligge til grunn for drøftelsene av lovgivers adgang til å gripe inn i partenes avtale videre i avhandlingen.

Innholdet i «den første reguleringa», «tvillaust»-kravet, «høgstebeløpet» og begrensningen til eksisterende bruk, vil behandles i den nevnte rekkefølge.

3.4.2 Vilkår for adgang til engangsløft

3.4.2.1 Tidskrav – «den første reguleringa»

Engangsløftet er begrenset til «den første reguleringa» som skjer fra 1. januar 2002 og senere. Spørsmålet er hvilke endringer av festeavgiften som anses som en regulering i tomtefestelovens forstand, og som dermed vil være til hinder for en senere regulering etter avtalen.

Det fremgår ikke helt klart av ordlyden om enhver endring av festeavgiften omfattes, eller om det er den første reguleringen etter avtalen det siktes til.

Engangsløftet kom inn i loven ved lovendring i 2004. Etter forarbeidene var bakgrunnen at det ville gi tilfeldige utslag for de som ikke allerede hadde foretatt en oppregulering etter avtalen om nye regler skulle avskjære dette. Bakgrunnen for engangsløftet var derfor at eldre avtaler til dels skulle respekteres, samtidig som man ville få et enhetlig system med regulering etter konsumprisindeksen.¹⁰⁶

Høyesterett har behandlet engangsløftet i flere avgjørelser. I Rt-2007-1706 (Bøvre) kom Høyesteretts flertall (dissens 4-1) til at avtalebasert endring i samsvar med utviklingen i konsumprisindeksen stenger for senere regulering i medhold av festeavtalen. Saken gjaldt regulering av festeavgiften for fritidstomter, hvor avgiften i henhold til kontrakten kunne indeksreguleres hvert 5. år i avtaletiden men reguleres etter tomteverdien ved forlengelse. Spørsmålet var om regulering etter tomteverdien ved forlengelse var avskåret fordi det var foretatt indeksregulering etter kontrakten etter 1. januar 2002. Flertallet uttalte at:

«[...] § 15 andre ledd må forstås slik at *enhver regulering* av festeavgiften etter 1. januar 2002 avskjærer adgangen til fremtidig oppregulering etter tomteverdi nivå. Dette må gjelde selv om bortfesteren ved den første reguleringen etter 1. januar 2002 ikke hadde adgang til å kreve oppregulering med mer enn det som følger av konsumprisindeksen» (min kursivering).¹⁰⁷

Flertallet oppstilte dermed en streng regel. *Enhver* form for regulering av festeavgiften skulle forhindre en senere regulering etter annet enn endringen i pengeverdien. Mindretallet var ikke enig, ettersom det følger av forarbeidene at begrunnelsen for engangsløftet nettopp var ønsket om å unngå at hovedregelen gav tilfeldige utslag i de tilfelle hvor kontrakten gav adgang til regulering etter tomteverdi.¹⁰⁸

Rt-2011-129 (Ringve) fulgte opp Bøvre-saken. Under henvisning til avsnittet sitert over om at enhver regulering var omfattet, ble det ansett «klart at *enhver avtalt endring* av festeavgiften må anses som en regulering i tomtefestelovens forstand» (min kursivering).¹⁰⁹

I Rt-2013-705 (Rød Gård) kom Høyesterett til at en oppjustering av festeavgiften i medhold av tomtefesteforskriften § 2 ikke skulle anses som en regulering etter § 15 annet ledd. En slik justering etter konsumprisindeks etter 1. januar 2002 var derfor ikke til hinder

¹⁰⁶ jf. Ot.prp. nr. 41 (2003-2004) s. 22.

¹⁰⁷ Avsnitt 46.

¹⁰⁸ Rt-2007-1706 (Bøvre) avsnitt 54.

¹⁰⁹ Avsnitt 24.

for et senere engangsløft. Reguleringen var ikke skjedd i medhold av avtalen mellom partene. Den vide formuleringen i Bøvre-saken ble dermed noe begrenset. Det er grunn til å tro at EMK P1-1 indirekte hadde betydning ved valg av tolkingsalternativ i saken.

Rettstilstanden etter høyesterettspraksis er etter dette at enhver *avtalebasert* endring av festeavgiften avskjærer senere regulering etter avtalen. Dette gjelder uavhengig av om det ville vært adgang til annen regulering etter kontrakten på et senere tidspunkt. Dersom reguleringen skjer i samsvar med konsumprisindeksen etter tomtfesteforskriften § 2 er det fortsatt adgang til et engangsløft senere.

3.4.2.2 Klarhetskrav – «tvillaust» avtalt

Dersom den aktuelle reguleringen er den første fra 1. januar 2002 i lovens forstand, kan festeavgiften som utgangspunkt reguleres i samsvar med det som «tvillaust» er avtalt. Spørsmålet er hva som ligger i dette kriteriet.

At noe er «tvillaust», innebærer etter en naturlig språklig forståelse at det ikke kan foreligge noen som helst grad av tvil dersom avtalen skal legges til grunn. Ordlyden oppstiller dermed en svært høy terskel.

Det uttales i forarbeidene at formålet med innføringen av engangsløftet var «at de tidligere prisregulerte festeavgiftene skal løftes opp til det nivået som følger av en tolking av reguleringsklausulen i avtalen».¹¹⁰ «Tvillaust»-kravet ble ikke særskilt omtalt i forarbeidene til lovendringen i 2004, men i forbindelse med den opprinnelige utformingen ble det uttalt at «[s]iktemålet med dette skjerpa provskravet er å unngå rettsvister i dei tilfelle der avtala ikkje seier noko om høvet til å regulere, men partane har ulikt syn på kva som var føresetnadene på avtaletida».¹¹¹ Dette må antas å gjelde tilsvarende for dagens beviskrav.

Høyesterett har flere ganger uttalt seg om hva som ligger i at noe «tvillaust» er avtalt, og om de beviskrav som gjelder. Rettstilstanden oppsummeres på en god måte i Rt-2010-577 (Rygge), hvor førstvoterende uttaler:

«I kravet om «tvillaust» ligger både at det *må være avtalt noe annet* enn regulering i samsvar med endring i pengeverdien, og *hvilken norm som skal benyttes*. Dette betyr imidlertid ikke at resultatet av den angitte normen skal kunne leses direkte ut av avtalen. Det er tilstrekkelig at av-

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 41 (2003-2004) s. 65.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 55-56.

talen angir de momenter reguleringen skal skje på grunnlag av, slik at resultatet fremkommer etter en vurdering på basis av disse momentene, jf. senest Rt-2008-306 avsnitt 26.

Høyesterett har lagt til grunn et strengt beviskrav for å konstatere at det er inngått en avvikende avtale. Det må ikke være «rimelig tvil om at partene har valgt en annen løsning, eller hva denne går ut på», jf. Rt-2007-1697 avsnitt 44» (mine kursiveringer).¹¹²

Det kan ikke foreligge «rimelig tvil» om reguleringsadgangen og beregningsmetode. Høyesterett oppstiller dermed et ganske strengt beviskrav for at avtaler som avviker fra lovens hovedregel skal aksepteres. Likevel modifiseres den naturlige forståelsen noe. Det kreves ikke fullstendig klarhet.

Kravet til klarhet kan utpensles noe nærmere. I Rt-2006-1547 (Hvaler) uttalte flertallet at «lovens normalordning kan ikke tilsidesettes på grunnlag av kontraktsrettslig utfylling som ikke har en noenlunde klar forankring i avtalerettslige disposisjoner fra partene.» Det fremgår videre at det er anledning til å legge vekt på ytringer fra partene, men at beviskravet i praksis sjelden er oppfylt uten at det finnes holdepunkter i skriftlige partsdisposisjoner.

I Rt-2007-1706 (Bøvre) ble det uttalt at partsytringer i en viss, begrenset utstrekning kunne suppleres med andre tolkningsmomenter. Det sentrale er likevel at det må foreligge et fundament for løsningen i avtalerettslige disposisjoner fra partene.

Av Hvaler-dommen fremkommer det at det bare er der det ikke er rimelig tvil om at partene har valgt en annen løsning, at partene har et tilstrekkelig beskyttelsesverdig behov for å kunne innrette seg på at festeavgiften skal kunne reguleres på en annen måte enn på grunnlag av endringer i konsumprisindeksen.

For å kunne fastlegge nærmere hvor yttergrensene for «tvillaust»-kravet går, og dermed hvor engangsløft må nektes, er det nødvendig å undersøke rettspraksis noe nærmere.¹¹³

Høyesterett har kommet til at «tvillaust»-kravet er oppfylt ved fire anledninger. I Rt-2005-1202 (Falkum) gav kontrakter inngått i 1960-årene anvisning på en regulering «under hensyn til endringer i rentenivået eller i eiendommens verdi som ikke skyldes festeren». Klausulen ble ansett tilstrekkelig klar. Førstvoterende uttalte at det dreide seg om:

¹¹² Se avsnitt 29-30.

¹¹³ Fremstillingen bygger på Falkanger (2013) s. 305-306.

«velkjente og helt ordinære størrelser ved første gangs fastsettelse av en festeavgift. De samme elementene hører naturlig hjemme ved senere revisjoner, hver for seg eller i kombinasjon. Klausulen innebærer at festeavgiften skal avspeile eiendommens verdi og den avkastning grunneieren ville kunne få, om han i stedet satte en tilsvarende pengesum i banken. Festerne kan ikke høres med at elementene er innbyrdes motstridende, og derfor med nødvendighet fører til konflikt. Avtalen gir intet grunnlag for at man er nødt til å velge ett av elementene, eller at hver av partene bare kan påberope ett av dem. En slik konstruksjon ville være høyst uvanlig og i strid med reguleringens formål.»¹¹⁴

I Rt-2007-1697 (Båtsvikdalen) kunne festeavgiften i kontrakt fra rundt 1970 «indeksreguleres hvert femte år». Ved forlengelse kunne «hver av partene kreve full revisjon av festeavgiften etter prisnivået i distriktet». Høyesterett kom her til at det skulle skje en regulering etter tomteverdien ved forlengelse.

I Bøvre-dommen kunne eieren i kontrakt fra rundt 1970 «kreve full revisjon av festeavgiften ved hver forlengelse». I tillegg kunne begge parter kreve festeavgiften regulert hvert femte år «i overensstemmelse med vanlige festeavgifter i omegnen». Flertallet (dissens 3-2) kom til at festeavgiften ved forlengelse skulle fastsettes etter tomteverdien.¹¹⁵

I Rt-2010-577 (Rygge) ble formuleringer i fremfestekontrakter til borettslag om festeavgift «overensstemmende med prisnivået i strøket» ansett å gi grunnlag for oppregulering etter engangsløftet.

Høyesterett har kommet til at tvillaustkravet ikke er oppfylt ved to anledninger. I Hvaler-dommen gav kontrakten fra 1965 en rett til «regulering» av festeavgiften hvert tiende år. Kontrakten bestemte videre at dersom partene ikke ble enige, «fastsettes avgiften ved skjønn». Flertallet (dissens 3-2) fant at det ikke var «tvillaust» avtalt en avvikende regulering. Mindretallet la mindre i tvillaustkravet, og aksepterte et engangsløft.

I Rt-2008-306 (Berg Prestegård) fremgikk det av kontrakter fra 1920-tallet at det etter 25 år kunne kreves avholdt «skjønn til bestemmelse om hvorvidt og – i tilfelle – til hvilket beløp den årlige festeavgift bør forhøies». Høyesterett anså det ikke tvillaust avtalt at reguleringen skulle skje etter tomteverdi.

¹¹⁴ Avsnitt 29.

¹¹⁵ Se avsnitt 40. Tvillaust-drøftelsen er et obiter dictum, ettersom bortfester etter Høyesteretts tolking allerede hadde regulert festeavgiften etter 1. januar 2002.

Gjennomgangen av relevant høyesterettspraksis viser at avtalebestemmelser som kan tolkes som en henvisning til en vanlig regulering etter tomteverdien ofte vil aksepteres, selv om denne er noe uklar.¹¹⁶ På den annen side vil ikke henvisninger til forhandlinger eller skjønn nødvendigvis medføre at det som var den vanlige verdsettelsesmåten i en slik forhandlingssituasjon legges til grunn som avtalt. Det kreves da holdepunkter i andre partsdisposisjoner for at en alternativ beregningsmåte enn KPI-regulering anses avtalt.

Det avgjørende må etter min vurdering være om grunneier har en beskyttelsesverdig forventning om regulering, f.eks. etter tomteverdi. Dersom fester har vært klar over dette, selv om det har vært uenighet om hvordan avtalen skal tolkes, er det liten grunn til å gjøre inngrep i avtalen mellom partene. Dette støttes av uttalelser av LB-2013-7056.

«Tvillaust»-kravet kan etter dette innebære et inngrep i avtaler som anses inngått etter en alminnelig tolking.

3.4.3 Begrensninger av engangsløftets størrelse

3.4.3.1 Avtaler inngått før 1983 – «høgstebeløp»

Selv om vilkårene for at et engangsløft er tilfredsstilt, er det et tak for hvor høy festeavgift som kan kreves for avtaler inngått før 27. mai 1983.

Avgiften kan ikke settes høyere enn «eit høgstebeløp om året for kvar dekar tomt» eller til «det beløpet som regulering i samsvar med pengeverdien ville gje». Høyestebeløpet etter første alternativ er satt til kr 9 000 per dekar, justert etter konsumprisindeksen hvert årskifte etter 1. januar 2002. Annet alternativ innebærer at man likevel kan komme høyere enn kr 9 000 (inflasjonsjustert). Hvis man har avtalt en avgift på kr 4 000 i 1980, vil man i 2010 få kompensasjon for inflasjonen selv om festeavgiften da ville bli ca. kr 12 800. Dette er høyere enn høyestebeløpet etter første alternativ, som i 2010 var omtrent kr 10 500.

Begrunnelsen for innføring av høyestebeløpet var at den opprinnelig vedtatte reguleringsbestemmelsen i tfl. § 15 gav bortfester rett til å regulere festeavgiften etter avtalen.¹¹⁷ Dette medførte store oppreguleringer i en rekke festeforhold. Et tak på kr 9000 per dekar ble derfor ansett å gi en rimelig balanse mellom hensynet til bortfester som hadde måttet tåle urimelige lave festeavgifter i en lengre periode, og festernes økonomiske belastning.

¹¹⁶ Se punkt 2.4 om regulering etter tomteverdi.

¹¹⁷ Se Ot.prp. nr. 29 (1999-2000) s. 8.

Den tidsmessige avgrensningen av høyestebeløpets anvendelsesområde er begrunnet av prisreguleringen. Prisreguleringen ble opphevet 26. mai 1983. I ettertid ble prisforskriftene gjeninnført, men bare for avtaler inngått før opphevelsen. Departementet uttalte at det kun er ved eldre festeforhold som har vært prisregulerte at festeren har hatt grunn til å innrette seg på festeavgiftsnivået som fulgte av prisreguleringen, tross eventuelle avtalebestemmelser som skulle gitt høyere oppreguleringer.¹¹⁸ Bestemmelsen gjelder dermed for en avgrenset gruppe. Dette reduserer inngrepet.

3.4.3.2 Avtaler med tomteverdiklausul – eksisterende bruk

Som nevnt i punkt 2.4.2 ovenfor, vil det ved vurderingen av salgsverdien kunne ha stor betydning hvilken *utnyttelse* som kan legges til grunn. Lovgiver har vært oppmerksom på dette. Justisdepartementet har pekt på de særlige spørsmål som oppstår ved store festetomter, og at det vil kunne få stor betydning for verdifastsettelsen om en stor tomt vurderes med adgang til å oppføre én hytte, eller om man i tilfelle der offentlige arealdisponeringsplaner åpner for videre utbygging beregner omsetningsverdien av ti tomter som hver kan bebygges med hver sin hytte.¹¹⁹

For feste av tomt til bolig- og fritidshus har lovgiver derfor uttrykkelig regulert spørsmålet om hvilken bruk som kan legges til grunn. Tfl. § 15 annet ledd nr. 3 bestemmer at der verdien av tomt uten hus er en del av reguleringsgrunnlaget, skal verdien av tomten ikke settes høyere enn salgsverdien forutsatt at det bare er tillatt å sette opp «det eller dei husa som er på tomta».¹²⁰ I hvilken grad dette griper inn i bortfesteres forventning om å ta del i verdistigningen, vil bero på partenes avtale. Det må imidlertid være klart at det økonomiske avviket i en rekke tilfelle vil kunne blir betydelig.

Som også nevnt over, kan annen påregnelig bruk både foreligge i form av intensivring av eksisterende bruk, og ved en alternativ bruk som vil gi en høyere verdsettelse. Et tidligere boligområde er f.eks. nå blitt et attraktivt næringsområde. Det må legges til grunn at loven binder verdsettelsen i begge relasjoner til den eksisterende bruk, selv om både ordlyden og forarbeidene kun omtaler intensivring. At verdsettelsen kun kan skje til bolig- eller fritidsbruk følger klart av formålet med bestemmelsen.

¹¹⁸ L.c.

¹¹⁹ Ot.prp. nr.41 (2003-2004) s. 24.

¹²⁰ Tfl. § 15 er inntatt i sin helhet i punkt 3.2. Begrensningen behandles nærmere under punkt 6.4.

3.5 Avtalens varighet – regulering ved forlengelse etter tfl. § 33

Tomtefestekontrakter kan gjelde med eller uten tidsbegrensning. De aller fleste festeavtaler inneholder en tidsbegrensning, slik at avtalen i utgangspunktet løper ut etter den angitte perioden. Forlengelse krever etter avtalerettslige prinsipper en hjemmel. Dersom forlengelses-hjemmel ikke foreligger, står grunneier ved festetidens slutt igjen fritt til å inngå en ny feste-kontrakt, eller å fremforhandle nye vilkår. Forhandlingsfriheten innebærer at kontraktens vilkår kan endres, herunder størrelsen på festeavgiften. Lovgiver har imidlertid grepet inn i dette utgangspunktet ved lovbestemmelser om kontraktens varighet og vilkår.

Selv om en festekontrakt er tidsbegrenset, festet for et visst antall år eller går ut på et visst tidspunkt, følger det av tfl. § 10 at opphør av avtalen krever oppsigelse fra en av partene. Bestemmelsen gjelder for *alle festeformål*. Skjer det ingenting på tidspunktet festetiden løper ut, vil den løpe videre på samme vilkår. En viktig modifikasjon er at avtalen nå løper med en gjensidig oppsigelsesrett etter § 9.¹²¹

For feste av *tomt til bolig- og fritidshus* har lovgiver i tillegg valgt å gi festeren en ensidig rett til forlengelse av festeforholdet etter tfl. § 33. Bestemmelsen lyder:

«I staden for å krevje innløyising av festetomt til bustadhus eller fritidshus etter § 32 når festetida er ute, kan festaren eller dei som er omfatta av § 32 andre ledd krevje lenging av festet på same vilkår som før. For feste som er lenga etter fyrste punktum gjeld § 7 fyrste ledd om festetid.»

Etter første punktum har festeren rett til å kreve forlengelse ved festetidens utløp «på same vilkår som før».¹²² Dette innebærer at festeavgiften ikke kan reguleres ved forlengelsen utover det som fremgår av tfl. § 15. I tilfelle der grunneier har inngått en dårlig avtale, festekontrakten er kanskje svært gammel, vil festeavgiften kunne bli svært lav.

Etter siste punktum reguleres avtalens varighet ved forlengelse av § 7 første ledd:

«For nye festeavtaler og avtaler som er lenga etter § 33 gjeld feste av tomt til bustadhus og fritidshus til festet vert sagt opp av festaren eller tomta vert innløyyst»

¹²¹ Falkanger (2013) s. 272

¹²² Forlengelse etter § 33 innebærer at det har vært innløsningsrett etter § 32, men at festeren i stedet har valgt forlengelsesmuligheten (omfatter også påtvunget forlengelse etter § 34), se Falkanger (2013) s. 268.

Dette innebærer at avtalen i realiteten blir evigvarende, kun med en ensidig oppsigelsesrett for fester. Dette må anses som et ganske vidtgående inngrep i de avtalerettslige utgangspunkter.

Det er etter dette tfl. § 33 jf. § 7 første ledd som gjør § 15 potensielt evigvarende. Ved vurderingen av de ulike reglene må det derfor skilles mellom regulering i avtaletiden og regulering ved forlengelse. Dersom evig rett til forlengelse danner grunnlag for vurderingen, er det i realiteten kombinasjonen av bestemmelsene som behandles. Denne er allerede ansett konvensjonsstridig i Lindheim-saken.

3.6 Sammenfatning

Som nevnt ovenfor er det avviket fra *det avtalte* som må vurderes.¹²³ I hvilken grad lovbestemmelsene gjør inngrep må derfor vurderes på bakgrunn av situasjonen på avtaleinngåelsestidspunktet.¹²⁴ Det forhold at tomtefestekontrakter er inngått på svært ulike tidspunkter, gjør det problematisk med en felles preseptorisk regulering for alle kontrakter. Det er ikke uvanlig at en festekontrakt er nærmere hundre år gammel.

Selv om prisreguleringen er opphevet, gjør tomtefestelovgivningen fortsatt vidtgående inngrep i den opprinnelige avtalte balansen mellom partenes ytelser i tomtefestekontrakter. Dette gjelder spesielt festeavtaler som inneholder reguleringsbestemmelser som gir en festeavgift som er høyere enn en regulering etter KPI. Bakgrunnen for dette er at lovgiver har ønsket reformer som i stor grad har styrket festerens stilling på bekostning av grunneier. Ettersom lovgivers reguleringskompetanse er underlagt begrensninger, har det vært nødvendig å innføre differensierte regler, særordninger og sikkerhetsventiler for å kunne gjennomføre reformene. Regelverket er derfor vanskelig tilgjengelig og gir grunnlag for en rekke tvister.

Inngrepet er søkt redusert gjennom overgangsregler. Det må likevel legges til grunn at hovedregelen om KPI-regulering i tfl. § 15 første ledd vil gjøre betydelige inngrep i rekke festeavtaler. Ettersom tfl. § 33 ikke er endret, vil disse inngrepene måtte vurderes med potensielt evigvarende virkning. I hvilken grad lovgiver har anledning til å foreta slike omfattende inngrep i kontrakter mellom private vil drøftes nærmere i den videre fremstilling.

¹²³ Se sammendraget i punkt

¹²⁴ Se punkt 1.5 og 1.6.

4 Skranker for lovgivers adgang til å gjøre inngrep i tomtefesteavtaler

4.1 Innledning

Avhandlingen har til nå presentert noen av inngrepene lovgiver har foretatt i balanseforholdet mellom partene, særlig gjennom tfl. §§ 15 og 33. Siktemålet i det videre er å redegjøre for skrankene for lovgivers adgang til å gjøre slike inngrep i privates eiendomsinteresser. Dette vil bero på rekkevidden av de skranker som fremkommer av Grunnloven og EMK. Jeg vil derfor ved fastleggelsen av begge bestemmelser foreta en gjennomgang av de mest relevante dommer på området. De relevante momenter ved vurdering av inngrep i avtale om regulering av festeavgiften vil behandles nærmere i neste kapittel.

Jeg vil først se på forholdet til Grunnloven (punkt 4.2), og deretter forholdet til EMK (punkt 4.3). Etter dette vil forholdet mellom skrankene behandles (punkt 4.4).

4.2 Vern mot tilbakevirkende lover i grl. § 97

4.2.1 Utgangspunkter og tolkingsprinsipper

Tomtefestelovens regler om festeavgiftsregulering griper inn i økonomiske rettigheter etter festeavtalen, som beskrevet foran i kapittel 2 og 3. Grl. §§ 97 og 105 utgjør da de aktuelle skrankene.¹²⁵ Grl. § 97 oppstiller et forbud mot at lover gis tilbakevirkende anvendelse:

«Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft.»

Grl. § 105 verner eiendomsretten:

«Fordrer statens tarv at noen må avgi sin rørlige eller urørlige eiendom til offentlig bruk, så bør han eller hun ha full erstatning av statskassen.»

Utgangspunktet etter § 97 er at erstatning ikke gis. Det vil derfor kunne være ønskelig å påberope seg § 105, ettersom denne bestemmelsen gir rett på «full erstatning». Høyesterett har

¹²⁵ Solheim (2014) s. 2.

imidlertid kun vurdert omfordeling av rettigheter og plikter i løpende festeavtaler etter § 97.¹²⁶ Dette gjelder også der inngrepet ble ansett som en overføring av eiendomsrådighet, ikke en rådighetsinnskrenkning.¹²⁷ Dette har vært utsatt for kritikk, men er likevel blitt stående som gjeldende rett.¹²⁸ Som uttalt av Smith, er det «vanskelig å se hvorfor utgangspunktet skulle bli et annet bare fordi forholdet (også) lar seg bedømme etter § 97».¹²⁹ Det er etter dette naturlig at avhandlingen fokuserer på grl. § 97 i det videre.

Innledningsvis vil jeg gå kort inn på noen særlige retningslinjer for tolkningen når det skal vurderes om en lov er i strid med grl. § 97. *Lovens ordlyd* er gammel og vag. *Forarbeidene* er sparsomme og gir liten veiledning. *Rettspraksis* er dermed den viktigste kilde ved grunnlovstolkningen. Fremstillingen blir derfor domstolsorientert.

Et eget spørsmål er hvilken vekt *Stortingets vurdering* av grunnlovsmessigheten skal ha.¹³⁰ Etter Rt-1976-1 (Kløfta) varierer grunnlovsvernet med hvilke rettigheter det gripes inn i.¹³¹ Avgjørelsen innfører en tredeling, hvor vern om økonomiske rettigheter kommer i en mellomstilling. Her må Stortingets forståelse spille en «betydelig rolle». For grunnlovsvurderingen er Stortingets syn dermed i utgangspunktet et relevant moment. Høyesterettspraksis har imidlertid stilt krav både til *graden av tvil* som må foreligge før lovgivers vurdering kan trekkes inn, og til *kvaliteten* av selve grunnlovsvurderingen for at denne kan legges til grunn.¹³² Kvalitetskravet oppsummeres i Rt-2010-143 (Rederibeskatning), hvor det uttales at Stortinget må ha lagt til grunn et relevant prøvingstema og vært oppmerksom på vesentlige konsekvenser av en lov.¹³³

¹²⁶ Se Rt-1962-369 (Gullklausul), Rt-1988-276 (Røstad), Rt-1988-295 (Skjelsvik), Rt-1990-284 (Selsbakk), Rt-2007-1281 (Øvre Ullern) og Rt-2007-1306 (Rollag).

¹²⁷ Jf. Rt-2007-1281 (Øvre Ullern) avsnitt 88. Høyesterett uttalte at avståelse av eiendomsrådighet er ekspropriasjon i grl. § 105 forstand. En rådighetsinnskrenkning foreligger der det ikke skjer en avståelse av eiendomsrådighet men kun en regulering av eiendomsrådigheten i allmennhetens interesse.

¹²⁸ For kritikk av Høyesteretts behandling av forholdet mellom grl. §§ 97 og 105, se Innjord (2008), Høgberg (2010a) s. 394 flg. og Smith (2012) s. 493. flg.

¹²⁹ Smith (2012) s. 494.

¹³⁰ For en grundig fremstilling av lovgivers vurdering av lovers grunnlovsmessighet, se Solheim (2014).

¹³¹ Rt-1976-1 (Kløfta) s. 5-6.

¹³² Se Rt-2010-143 (Rederibeskatning) i avsnitt 172, Rt-2007-1281 (Øvre Ullern) avsnitt 76 og i tilknytning til grl. § 105, Rt-2007-1308 (Sørheim) avsnitt 42.

¹³³ Avsnitt 172.

Det kan også stilles spørsmål om *internasjonale menneskerettskonvensjoner* kan få betydning for tolkningen av grl. § 97. EMK har til formål å danne minstestandarder, og det kan da være naturlig at også grunnlovsvernet påvirkes av utviklingen internasjonalt. Dette er imidlertid usikkert, og vil behandles nærmere under sammenfatningen (punkt 4.4).

I det videre vil jeg først gi en oversikt over tilbakevirkningsbeskyttelsen. Deretter presenteres to sentrale plenumsdommer, Rt-2007-1281 (Øvre Ullern) og Rt-2007-1306 (Rollag), før normen for vurderingen etter § 97 behandles nærmere.

4.2.2 Oversikt over tilbakevirkningsbeskyttelsen

Forbudet i grl. § 97 er formulert helt generelt. Likevel er det klart at ikke enhver tilbakevirkende lov kan være forbudt. En slik regel ville lagt unødvendige hindringer på statens styringsmuligheter. Spørsmålet er dermed ikke *om* det foreligger tilbakevirkning, men *hvor den nærmere grensen mellom tillatt og rettsstridig tilbakevirkning går*.¹³⁴

Det har vært lansert ulike teorier for vurderingen gjennom tiden. I dag er det naturlig å ta utgangspunkt i standardteorien.¹³⁵ Spørsmålet om det foreligger rettsstridig tilbakevirkning er avhengig av styrken i tilbakevirkningselementet.¹³⁶ Rettspraksis tar utgangspunkt i en sondering mellom to former for inngrep med tilbakevirkningselementer, *egentlig og uegentlig tilbakevirkning*.¹³⁷ Forskjellen forklares på følgende måte i Rt-2013-1345 (Strukturkvote):

«Egentlig tilbakevirkning har vi når loven knytter byrder direkte til *tidligere handlinger eller begivenheter*, det vil si handlinger eller begivenheter som er avsluttet, og som i tid ligger forut for den loven det er tale om. Ved uegentlig tilbakevirkning retter virkningen seg derimot mot den *framtidige utøvelsen av etablerte rettsposisjoner*» (min kursivering).¹³⁸

Kategoriseringen kan ha stor betydning, ettersom Høyesterett har ansett de to tilbakevirkningsformene å ha motsatte utgangspunkt.¹³⁹ Der loven direkte knytter tyngende rettsvirk-

¹³⁴ Høgberg (2010b) s. 698.

¹³⁵ Teorien ble introdusert av Knoph og Augdahl, se Høgberg (2010a) s. 287 flg. og Høgberg (2010b) s. 703.

¹³⁶ Rt-2010-143 (Rederibeskatning) avsnitt 153.

¹³⁷ Opprinnelig ble skillet innført av Fleischer, se Høgberg (2010b) s. 704. For høyesterettspraksis som tar utgangspunkt i sonderingen, se bl.a. Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern), Rt-2010-143 (Rederibeskatning) og Rt-2013-1345 (Strukturkvote).

¹³⁸ Avsnitt 82.

¹³⁹ Rt-2010-143 (Rederibeskatning) avsnitt 153.

ninger til eldre hendelser (egentlig tilbakevirkning) er loven som hovedregel grunnlovsstridig. Tilbakevirkningen er ikke tillatt, med mindre «sterke samfunnsmessige hensyn» tilsier at den likevel skal aksepteres, jf. Rt-2006-293 (Arves trafikkskole).¹⁴⁰ Gir loven regler om utøvelsen av en etablert rettsposisjon for fremtiden (uegentlig tilbakevirkning), er hovedregelen den motsatte. Tilbakevirkningen er tillatt, med mindre den anses «klart urimelig eller urettferdig», jf. Rt-1996-1415 (Borthen).¹⁴¹

Rt-2007-1281 (Øvre Ullern) gjaldt festers adgang til forlengelse av festekontrakten på samme vilkår etter tfl. § 33. Selv om det etter Høyesteretts vurdering forelå tilbakevirkning av uegentlig karakter, ble ikke formuleringen «klart urimelig eller urettferdig» benyttet ved vurderingen. Førstvoterende viste til standardteorien, og uttalte:

«Etter den må det foretas en helhetsvurdering av hvilke virkninger loven får. Ved denne vurderingen må det på den ene siden legges vekt på hensynet til festerne. Disse hensynene må avveies mot hvilke konsekvenser loven får for bortfesterne, og hvor beskyttelsesverdige deres interesser er.»¹⁴²

Etter Øvre Ullern-saken har det vært en diskusjon i teorien om sontringen mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning med ulike hovedregler var forlatt, slik at det istedenfor skal foretas en helhetsvurdering i alle saker.¹⁴³ Strukturkvote-saken gir en viss avklaring av forholdet mellom vurderingstemaet «klart urimelig eller urettferdig» fra Borthen-saken og interesseavveiningen. Flertallet uttalte:

«I Øvre Ullern Terrasse la Høyesterett til grunn en interessebasert avveining selv om det gjaldt uegentlig tilbakevirkning. Dette ble imidlertid begrunnet i at *det dreide seg om to parter - bortfester og fester - med hver sin interesse i eiendommen*, jf. avsnitt 101. Dette betyr ikke at Høyesterett generelt har tilsidesatt normen fra Borthen-dommen, jf. at førstvoterende i avsnitt 100 i

¹⁴⁰ Avsnitt 72. Saken gjaldt spørsmålet om pålegg om tilbakeføring av fradrag i merverdiavgiftsregnskapet var i strid med grl. § 97, der en etterfølgende lovendring unntok kjøreskoler for merverdiavgiftsplikt. Tilbakevirkningen ble ansett å inneholde sterke elementer at egentlig tilbakevirkning. Dette ble ansett som en mellomvariant.

¹⁴¹ Saken gjaldt lovgivers adgang til å fjerne ektefelletillegg for alderspensjonister.

¹⁴² Avsnitt 99.

¹⁴³ Se Høgberg (2010a) s. 317 flg. og Skoghøy (2011) mener at det skal foretas en interesseavveining i alle grensetilfelle. Smith (2013) hevder det fortsatt er grunnlag for å opprettholde rettstilstanden med to hovedregler.

dommen om Øvre Ullern Terrasse viser til at det framgår av Borthen-dommen at økonomiske rettigheter omfatter «svært forskjellige kategorier» (min kursivering).¹⁴⁴

Det er etter dette naturlig å se nærmere på Øvre Ullern-saken når lovgivers adgang til å gjøre inngrep i avtale om regulering av festeavgift skal undersøkes.

4.2.3 Rt-2007-1281 (Øvre Ullern)

Øvre Ullern-saken gjaldt feste av tomt til bolighus. Festekontrakten var tidsbegrenset til 50 år. Avtaleinngåelsen skjedde i 1958, før ikrafttreddelsen av tfl. 1975, da det rådet full avtalefrihet. I samsvar med kontrakten, tilbød grunneier festerne forhandling om ny festeavtale eller kjøp av tomten ved utløp av avtaletiden. Festerne valgte isteden å kreve forlengelse etter tfl. § 33.

Oslo tingrett konkluderte med at festerne ikke hadde rett til forlengelse av kontrakten på samme vilkår som før. Saken ble anket direkte til Høyesterett. Retten til forlengelse var da ikke bestridt. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt den rett tfl. § 33 gir fester ved opphøret av avtalt festetid til å kreve festet forlenget «på same vilkår som før» var i strid med grl. § 105, grl. § 97, eller EMK P1-1.¹⁴⁵ Høyesterett i plenum (7 dommere) fant enstemmig at tfl. § 33 var forenlig både med Grunnloven og med EMK.

Siktemålet videre er å gi en oversikt over Høyesteretts argumentasjon, særlig de relevante momenter i interesseavveiningen.¹⁴⁶ Dette er nødvendig for å ta stilling til forholdet mellom vernet etter grl. § 97 og EMK P1-1.¹⁴⁷

Førstvoterende foretok en gjennomgang av *domstolenes prøvingsrett* av lovers grunnlovsmessighet, med utgangspunkt i tredelingen fra Rt-1976-1 (Kløfta). Vern om økonomiske rettigheter kommer i en mellomstilling.¹⁴⁸ Førstvoterende gjennomgikk lovgivers vurderinger av grunnlovsmessigheten, men fant ikke svakheter ved denne.¹⁴⁹ Det ble presisert at det at Stortinget hadde et annet grunnsyn i 1996 ikke kunne lede til underkjennelse av lovgivers

¹⁴⁴ Avsnitt 100.

¹⁴⁵ Avsnitt 35.

¹⁴⁶ Fremstillingen bygger på Falkanger (2007) s. 570-571.

¹⁴⁷ Se punkt 4.4.

¹⁴⁸ Grunnlovsvernet er sterkest der det gjelder enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, mens domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn der det dreier seg om bestemmelser som regulerer andre statsmakters arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, se Rt-1976-1 (Kløfta) s. 6.

¹⁴⁹ Avsnitt 82.

standpunkt i 2004. Prisutviklingen på totemarkedet tilsa en mer inngående vurdering i 2004.¹⁵⁰ Dette kan få betydning ved vurdering av partenes forventinger.

Videre tok førstvoterende stilling til *hvilken grunnlovsbestemmelse som kom til anvendelse* i saken – grl. §§ 97 eller 105. Selv om jeg ikke skal behandle dette forhold nærmere er høyesteretts syn på inngrepets karakter av interesse for de videre vurderinger. Høyesterett uttrykte klart at forlengelse «på same vilkår» ikke utgjorde en rådighetsbegrensning, men en avståelse av eiendomsrådighet.¹⁵¹ Etter tradisjonell definisjon forelå det med andre ord ekspropriasjon. Førstvoterende uttalte likevel at det var «klart» at grunnlovsmessigheten skulle vurderes etter § 97, og ikke etter § 105.¹⁵² Bakgrunnen for dette var at lovgiver hadde sett det slik, og at partene selv hadde skapt situasjonen som nødvendiggjorde at festeren måtte få ha sine bygg på tomten etter utløpet av avtalt festetid. Det ble vist til at dette samsvarer med «vår rettstradisjon», et sitat fra Knoph og rettspraksis. Argumentasjonen har som nevnt under innledningen vært utsatt for betydelig kritikk i teorien.¹⁵³ Etter min oppfatning må kritikken anses velbegrunnet og dermed tungtveiende.

I den *konkrete interessevurderingen etter grl. § 97* tok førstvoterende *utgangspunkt* i en uttalelse i Rt-1990-284 (Selsbakk) om at det skal «mye til» for at en lov som regulerer bestående tomtefesteforhold skal anses grunnlovsstridig.¹⁵⁴ Deretter pekte førstvoterende på *ubalansen i partenes innsatser*, at festerens økonomiske innsats «nærmest unntaksfritt» klart var størst.¹⁵⁵

Det ble videre vist til *festers forventinger* om vern. Førstvoterende uttalte at festerne av boligtomter hadde «en velbegrunnet forventning om at lovgiveren beskytter deres faktiske situasjon».¹⁵⁶ Som støtte for dette ble det vist til regler om husmenn og leilendinger fra 1920-tallet, husleieloven av 1939, og husleiereguleringen fra første verdenskrig.¹⁵⁷

Omtalen av *bortfesters forventinger* begrenset seg til at bortfester måtte være forberedt på at lovgiver kunne gripe inn i de langsiktige festeavtalene, etter langvarig og omfattende

¹⁵⁰ Avsnitt 84.

¹⁵¹ Avsnitt 89.

¹⁵² Avsnitt 90.

¹⁵³ Se punkt 4.2.1.

¹⁵⁴ Avsnitt 100.

¹⁵⁵ Avsnitt 101.

¹⁵⁶ Avsnitt 102.

¹⁵⁷ Se avsnitt 103-105.

lovgivningsaktivitet til vern om retten til bolig.¹⁵⁸ Hverken en forventning om at prisreguleringen gradvis ville oppheves da avtalen ble inngått, eller en sammenlikning med avtaler som inngås i dag kunne endre på dette.¹⁵⁹ Bortfesteren kunne ikke forvente at «lovgiveren ville avstå fra prisregulering ved fornying av festeavtalene».¹⁶⁰

Førstvoterende var klar over at bestemmelsen innebar at *realverdiøkningen på tomten i sin helhet ville tilfalle festeren* ved forlengelsen. Han uttalte likevel at «i den situasjon som forelå, må det være innenfor lovgiverens frihet etter Grunnloven § 97 å foreta en generell regulering som den som er foretatt».¹⁶¹

Det siste som ble kommentert av førstvoterende var forholdet til tfl. § 15, som ikke ble ansett å gi grunnlag for at kravet til likhet var krenket. Det dreide seg her om en avtale som viste til forhandling. Førstvoterende uttalte om § 15 at selv om grl. § 97 «neppe nødvendiggjør ... unntaket... kan det anføres saklige grunner for å stille disse festeavtalene i en viss særstilling... Grunnlaget er nettopp at regulering i henhold til tomteverdi her er kommet direkte til uttrykk og derfor har skapt en mer nærliggende forventning om regulering på slikt grunnlag». Indirekte åpnet førstvoterende her for at hovedregelen om KPI-regulering i tfl. § 15 også kan være grunnlovsmessig.

Førstvoterende konkluderte etter dette med at § 33 ikke var i strid med grl. § 97. Han hadde da særlig lagt vekt på at bestemmelsen var begrunnet i «tungtveiende boligsosiale hensyn», at det forelå et «klart beskyttelsesbehov for en rekke festere», og at bortfesterne ikke hadde noen «rimelig forventning om å kunne nyte godt av den helt særegne prisstigningen på tomtegrunn».¹⁶²

Selv om det er grl. § 97 som er tema her, vil jeg likevel kort gjennomgå Høyesteretts behandling av EMK P1-1. Argumentasjonen ble hovedsakelig knyttet til EMDs plenumsdom *James mfl. mot Storbritannia* (1986). Saken gjaldt konvensjonsmessigheten av en engelsk lov som gav leieboere rett til å innløse kontrakter om «building lease», en kontraktsform med likhetstrekk til tomtefeste. Førstvoterende uttalte at de grunnleggende avveiningene i James-saken ikke var fraveket i senere praksis, og fant det derfor «klart» at tfl. § 33 ikke var i strid

¹⁵⁸ Avsnitt 106-108.

¹⁵⁹ Avsnitt 110 og 112.

¹⁶⁰ Avsnitt 112.

¹⁶¹ Avsnitt 113.

¹⁶² Avsnitt 121.

med Norges folkerettslige forpliktelser.¹⁶³ Det ble ikke presentert noen konkret vurdering av proporsjonaliteten.

Høyesterett kom etter dette til at regelen om forlengelse «på same vilkår som før» kunne opprettholdes for tomten til bolighusene i Øvre Ullern Terrasse.

4.2.4 Rt-2007-1306 (Rollag)

Rollag-saken gjaldt samme spørsmål som Øvre Ullern-saken. Forskjellen på sakene er at tomten her var bortfestet til fritidshus. Festekontrakten var inngått i 1968, før ikrafttreddelsen av tfl. 1975. Festetiden var 40 år, uten rett til fornyelse. Etter at forhandlinger om forlengelse ikke førte frem, krevet fester forlengelse etter tfl. § 33. Bortfester krevet da festeavgift til markedspris. Et enstemmig Høyesterett i plenum (7 dommere) kom til at regelen om forlengelse «på same vilkår som før» kunne opprettholdes også for tomten i Rollag. Det er denne saken som ble anket videre til EMD i Lindheim-saken.

Høyesteretts begrunnelse var hovedsakelig en henvisning til Øvre Ullern-saken, men førstvoterende kommenterte at saken gjaldt en fritidseiendom. Det ble pekt på lovgivers ønske om likebehandling av bolig- og fritidshus, som måtte «vege svært tungt for vurderingane her».¹⁶⁴ Boligsosiale hensyn ble dermed styrende også for fritidshus. Førstvoterende la også til at «sjølv om det nok er så at sosiale omsyn særleg kjem inn når det gjeld faste bustader, har det også stor vekt for trivsel og velferd å kunne ha ein fritidsbustad».¹⁶⁵

4.3 Vern mot inngrep i eiendom etter EMK P1-1

4.3.1 Utgangspunkter og tolkingsprinsipper

EMK P1-1 gir private rettssubjekter et minstemål av vern mot inngrep i eiendomsretten.¹⁶⁶ I autoritativ, engelsk språkversjon lyder bestemmelsen:

¹⁶³ Avsnitt 132.

¹⁶⁴ Se avsnitt 14.

¹⁶⁵ L.c.

¹⁶⁶ Høgberg (2010a) s. 115.

«Art 1. *Protection of property*

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.»

Bestemmelsen gjelder «som norsk lov» etter menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 § 2 nr. 1 bokstav a, og går ved motstrid foran annen lovgivning, jf. § 3.

Gjeldende rett vil bero på EMDs fortolking av EMK P1-1, og hva man må regne med at EMD vil legge til grunn ved tolkingen i fremtidige saker.¹⁶⁷ EMDs tolkingsprinsipper må derfor legges til grunn ved analysen.¹⁶⁸ Disse skiller seg i noen grad fra de tradisjonelle norske rettskildeprinsipper.¹⁶⁹ Utgangspunktet for tolkingen er *ordlyden* etter en alminnelig forståelse. EMD tolker konvensjonen autonomt, og anser seg ikke bundet av nasjonale begreper.¹⁷⁰ *Forarbeider* tillegges langt mindre betydning ved tolkingen av EMK, enn det som er tilfellet i norsk rett.¹⁷¹ EMK P1-1 er utpenslet i *rettspraksis*. EMDs praksis er derfor den mest sentrale kilden. EMD fortolker konvensjonen dynamisk.¹⁷² Dette innebærer at eldre dommer mister mye av sin vekt i takt med utviklingen.¹⁷³ Norske domstoler må derfor holde seg oppdatert med hensyn til eiendomsvernet etter EMK P1-1. Et eget spørsmål er hvor mye vekt domstolen skal legge på nasjonale myndigheters vurderinger av inngrepet. Gjennom doktrinen om «margin of appreciation» (nasjonalstatenes skjønnsmargin) gis staten et visst skjønn ved vurderingen av konvensjonsmessigheten av sine handlinger.¹⁷⁴ Betydningen av skjønnsmarginen behandles nærmere nedenfor.¹⁷⁵

¹⁶⁷ Eggen (2002) s. 138-139.

¹⁶⁸ Se Aall (2011) s. 36 flg. og Eggen (2002) s. 138 flg. for en mer helhetlig gjennomgang.

¹⁶⁹ Solheim (2010) s. 24.

¹⁷⁰ Eggen (2002) s. 152.

¹⁷¹ NOU 2013:11 s. 26.

¹⁷² Eggen (2002) s. 152.

¹⁷³ Ibid. s. 150.

¹⁷⁴ Ibid. s. 156.

¹⁷⁵ Se punktene 4.3.2 og 5.2.

I det videre vil jeg kort gi en oversikt over eiendomsbeskyttelsen etter EMK P1-1. Deretter presenteres Lindheim-saken, før proporsjonalitetsvurderingen, som var avgjørende i saken, undersøkes noe nærmere.

4.3.2 Oversikt over eiendomsbeskyttelsen

Bestemmelsen verner eiendom («property») i konvensjonens forstand mot visse inngrep, jf. første ledd første punktum. Konvensjonens eiendomsbegrep omfatter mer enn det vi oppfatter som eiendom etter vanlig norsk rett.¹⁷⁶ Bestemmelsen verner ikke bare etablerte formuesgoder, som fast eiendom, løsøre og kontraktsfestede rettigheter, men gir også beskyttelse mot at det knyttes nye byrder til foretatte handlinger eller på annen måte gripes inn i beskyttelsesverdige forventninger.¹⁷⁷

EMD har ansett EMK P1-1 å gi uttrykk for tre ulike regler.¹⁷⁸ *Prinsippregelen* betegner det generelle prinsippet om respekt for eiendomsretten i første ledd første punktum. *Ekspropriasjonsregelen* gjelder avståelse av eiendom, og fremkommer i første ledd annet punktum. *Kontrollregelen* er formulert i annet ledd, og anerkjenner at staten har rett til å kontrollere at bruk av eiendom skjer i samsvar med samfunnets interesser. Bakgrunnen for regelinnndelingen har vært en presumsjon om at ekspropriasjonsinngrep vil ramme eieren hardere enn et kontrolltiltak. Dette tilsier at styrken i vernet differensieres. Utviklingen i konvensjonspraksis viser imidlertid at regelvalget har fått mindre betydning. Dette følger av flere forhold.

For det første anses ekspropriasjonsregelen og kontrollregelen som særlige former for inngrep, og må tolkes i lys av prinsippregelen. I tvilstilfelle vil regelvalget bero på en helhetsvurdering.

Videre gjelder de samme *prinsipper for vurderingen* uansett hvilken regel som kommer til anvendelse.¹⁷⁹ Etter konvensjonspraksis kan inngrep i eiendomsretten aksepteres når tre vilkår er oppfylt. Det må foreligge tilfredsstillende lovhjemmel, et legitimt samfunnsmessig formål, og proporsjonalitet mellom de samfunnsmessige hensyn som begrunner inngrepet og individets behov for rettighetsbeskyttelse.¹⁸⁰ Eiendomsvernet i EMK P1-1 beror dermed på

¹⁷⁶ Rt-2006-1382 avsnitt 54.

¹⁷⁷ Skoghøy (2011) s. 261.

¹⁷⁸ Sporrong og Lönnroth mot Sverige (1982) avsnitt 61. Avsnittet bygger på NOU 2013:11 s. 26 og Solheim (2010) s. 71.

¹⁷⁹ Çoban (2004) s. 215. Solheim (2010) s. 73, under henvisning til Strech mot Storbritannia (2003) avsnitt 36.

¹⁸⁰ Solheim (2010) s. 59.

en avveining mellom statens styringsbehov og individets beskyttelsesbehov.¹⁸¹ Det er dermed den konkrete vurderingen av inngrepet gjennom proporsjonalitetsvurderingen som er avgjørende. Den viktigste betydningen av regelvalget er derfor nå at kravene til statens formål varierer med inngrepets karakter.

Hjemmelen må etter EMDs praksis gi dekning for inngrepet i eiendomsinteressen, og samtidig være tilstrekkelig tilgjengelig, presist og forutberegnelig.¹⁸²

Formålet må etter avståelsesregelen være å fremme «the public interests» (det offentlige interesse), og etter kontrollregelen «the general interest» (allmennhetens interesse). Det skilles ikke mellom uttrykkene i konvensjonspraksis.¹⁸³ Kretsen av legitime formål er vid. I tillegg er *skjønnsmarginen* vid ved vurderingen av formålet. EMD aksepterer alle politiske valg ved implementering av sosial eller økonomisk politikk, med mindre lovgivers vurdering er «manifestly without reasonable foundation» (åpenbart grunnløs).¹⁸⁴ Kravet til et legitimt formål underlegges nærmest en helt abstrakt vurdering, og fungerer som et slags saksbehandlingskrav for lovgiver. Identifiseringen av formålet er imidlertid viktig, ettersom formålet får stor betydning under proporsjonalitetsvurderingen.¹⁸⁵

Det er *proporsjonaliteten* som oftest er det avgjørende.¹⁸⁶ Etter sikker EMD-praksis innebærer proporsjonalitetskravet at det må foreligge en rimelig grad av forholdsmessighet mellom middelet som benyttes av staten, her loven, og målet som søkes realisert.¹⁸⁷ Dette innebærer at det må foreligge en «fair balance» (rimelig balanse) mellom den generelle samfunnsinteressen og behovet for beskyttelse av individets grunnleggende rettigheter. Proporsjonalitetstesten er konkret og beror på om klageren etter en helhetsvurdering må anses å bære en «disproportionate and excessive burden» (uforholdsmessig og overdreven byrde).¹⁸⁸ Her vil en rekke momenter spille inn. *Skjønnsmarginen* gjør seg også gjeldende ved proporsjonal-

¹⁸¹ Solheim (2013) s. 299.

¹⁸² Carbonara og Ventura mot Italia (2000) avsnitt 64.

¹⁸³ James-saken avsnitt 42, Bertelsen (2011) s. 396.

¹⁸⁴ Hutten-Czapska-saken avsnitt 166, Lindheim-saken avsnitt 96.

¹⁸⁵ NOU 2013:11 s. 27.

¹⁸⁶ Se nærmere i Solheim (2010) s. 84 flg.

¹⁸⁷ Se f.eks Hutten-Czapska-saken avsnitt 167.

¹⁸⁸ Lindheim-saken avsnitt 119. EMD benytter oftest formuleringen «individual and excessive burden», se f.eks Evaldsson mfl. mot Sverige (2007) avsnitt 55. NOU 2013:11 s. 27, note 19, legger til grunn at det trolig ikke er noen realitetsforskjell.

tetsvurderingen, men hvor inngående prøvingen er varierer. Virkningen av inngrepet prøves oftest mer inngående enn statens vurdering av formålet.¹⁸⁹ Dersom myndighetenes vurdering baserer seg på politiske vurderinger med demokratisk legitimitet, vil likevel domstolen være tilbakeholden.¹⁹⁰ Her er skjønnsmarginen som utgangspunkt vid.

4.3.3 Lindheim-saken

I tomtfestesaker er det naturlig å ta utgangspunkt i Lindheim-saken. Hensikten med avsnittet er å gi en oversikt over EMDs argumentasjon, herunder de særlig relevante momenter i proporsjonalitetsvurderingen. Dette vil danne et nødvendig grunnlag for den videre drøftelse.

Som nevnt under avsnittet om Rollag-saken ovenfor, gjaldt saken konvensjonsmessigheten av festers rett til tvangsforlengelse av festekontrakten etter tfl. § 33 «på same vilkår» som før. Høyesterett la til grunn at anvendelsen av § 33 ikke ville komme i konflikt med Grunnloven eller EMK P1-1 i Øvre Ullern-saken. Saken ble klaget inn for EMD av tapende part i Rollagsaken, Berit Lindheim, og fem andre personer. Domstolen kom til at loven var i strid med eiendomsvernet i EMK P1-1.¹⁹¹

Staten og klagerne var enige i at det forelå et inngrep i eiendom, samt at inngrepet hadde tilstrekkelig hjemmel.¹⁹² Partene var derimot uenige om hvilken regel som kom til anvendelse, om inngrepet hadde et legitimt formål, og om inngrepet var proporsjonalt.

EMD kom til at inngrepet var av en slik art at *kontrollregelen* kom til anvendelse.¹⁹³ Dette selv om domstolen var enig i at en årlig festeavgift på 0,25 prosent av tomteverdien, og den tidsubegrensede varigheten av priskontrollen, ble ansett som et *betydelig inngrep* i eiendomsretten.¹⁹⁴

Videre kom EMD til at inngrepet hadde et *legitimt formål*, under henvisning til statens vide skjønnsmargin.¹⁹⁵ I den konkrete vurderingen ble det vist til stortingsdebatten forut for vedtakelsen av tfl. § 33, hvor det fremgikk at formålet med lovendringen var å sikre festere som var økonomisk ute av stand til å innløse tomten, en varig disposisjonsrett. Stortinget la

¹⁸⁹ NOU 2013:11 s. 27.

¹⁹⁰ Ibid. s. 28 med videre henvisninger.

¹⁹¹ Avsnitt 137. Alle tomtene var festet bort før 1976. Avtalefrihet var dermed utgangspunktet.

¹⁹² Avsnitt 59.

¹⁹³ Avsnitt 78.

¹⁹⁴ Avsnitt 77.

¹⁹⁵ Avsnitt 96.

stor vekt på boligsosiale hensyn.¹⁹⁶ Forarbeidene til tfl. § 15 viste at opphevelsen av prisreguleringen har medført en kraftig økning av festeavgiften, som hadde gjort innhugg i mange husholdninger. Videre ble det vist til at tomteverdiklausuler kan være konfliktskapende og slå ut på måter partene ikke hadde tenkt ved inngåelsen. Myndighetene hadde dermed ønske om å unngå rettstvister og sikre forutberegnelighet.¹⁹⁷

Det avgjørende spørsmålet var om inngrepet var *proporsjonalt*. EMD så hen til Hutten-Czapska-saken, som ble ansett relevant i proporsjonalitetsvurderingen selv om denne saken gjaldt en spesiell situasjon med lovpålagt boligutleie.¹⁹⁸ Domstolen tok *utgangspunkt* i at tomtefesteavtaler, i likhet med husleieavtaler, «would normally be entered into voluntarily at a rent reflecting the market level at the time when the agreement was concluded».¹⁹⁹ Samtidig pekte domstolen på en rekke *særtrekk* som skiller tomtefeste fra leieavtaler. Dette fungerte som et bakteppe for den videre vurderingen. EMD pekte for det første på ubalansen i partenes innsatser. Festeren har investert i eiendommen, og har dermed et mye sterkere behov for å fortsette leieforholdet enn en alminnelig leietaker.²⁰⁰ Grunneier har normalt kun stilt tomten til disposisjon. Domstolen uttalte at kontraktene som følge av dette normalt er av mye lenger varighet, og at grunneier ikke har noen berettiget forventning om å få disposisjonsretten over tomten tilbake.²⁰¹ Domstolen fremhevet videre interessen motsetningen mellom partene. Hvis festeavgiften er i utakt med markedsverdien når en tidsbegrenset avtale løper ut, ville bortfester normalt etter alminnelige avtalerettslige prinsipper forhandlet seg frem til en høyere avgift.²⁰² Festerens interesse i å bli på tomten medfører imidlertid en skjevhet i styrkeforholdet mellom partene i en slik forhandlingssituasjon.²⁰³ Domstolen uttrykte videre forståelse for lovgivers ønske om en lovgivning som gir klarhet og forutberegnelighet, og forhindrer tvister, i lys av tomtefesteinstituttets utbredelse.²⁰⁴ De nevnte særtrekk gir antakeligvis grunnlag for

¹⁹⁶ Avsnitt 97.

¹⁹⁷ Avsnitt 98.

¹⁹⁸ Avsnitt 119.

¹⁹⁹ Avsnitt 120.

²⁰⁰ Avsnitt 121.

²⁰¹ Avsnitt 121.

²⁰² Avsnitt 123.

²⁰³ Avsnitt 124.

²⁰⁴ Avsnitt 125.

en særlig vid skjønnsmargin i tomtefestesaker. Hvilken *vekt* som ble tillagt disse forhold fremkommer imidlertid ikke klart av avgjørelsen.

I den konkrete vurderingen tok EMD utgangspunkt i *formålet bak inngrepet*, bakgrunnen for endringen av tfl. § 33 som angitt ovenfor.²⁰⁵ Domstolen kunne ikke se at det var foretatt noen særskilt vurdering i forarbeidene av om § 33 gav en rimelig balanse mellom partenes interesser. Det var dermed ingen politisk avveining av lovgiver som EMD måtte ta hensyn til, og som kunne tillegges vekt i vurderingen. Dette innebar antakelig at domstolen foretok en mer inngående prøving enn de ellers ville gjort.

Etter dette ble en rekke forhold tilknyttet inngrepets styrke og karakter trukket frem. EMD fremhevet bl.a. at *festeavgiften* var «particularly low».²⁰⁶ Festeavgiften var mindre enn 0,25 prosent av tomtens markedsverdi, noe som stod i «striking contrast» til nivået for eien- domsskatten på 0,2-0,7 prosent. Hvem som betalte skatten var irrelevant. Inngrepets kvantita- tive størrelse var dermed betydelig. I lys av at all senere regulering av festeavgiften ville skje etter konsumprisindeksen, kunne ikke domstolen se at det forelå tilstrekkelig sterke samfunns- interesser til å rettferdiggjøre en så lav festeavgift – helt uten forbindelse med tomtens mar- kedsverdi.

Videre ble det fremhevet at lovregelen var *generelt anvendelig* på avtaler av en viss alder som skulle fornyes, uavhengig av festerens økonomiske posisjon.²⁰⁷ Regelverket syntes dermed å favne mye videre enn situasjoner med mulige økonomiske vanskeligheter og sosial urettferdighet. Bestemmelsen ble derfor ansett å gi uttrykk for sosialpolitikk i vid forstand. Dette hadde ingen konsekvens for legitimiteten, men svekket formåletts vekt i forholds- mes- sighetsvurderingen.²⁰⁸

I tillegg ble det vektlagt at forlengelsen skjedde på *ubestemt tid*, og uten andre mulig- heter for oppregulering enn etter konsumprisindeksen.²⁰⁹ Tomteverdien var dermed utelukket som en relevant faktor. Dette økte inngrepets styrke.

EMD viste også til at festeren hadde anledning til å overdra festeretten med hus til en tredjemann, og slik kunne *realisere verdistigningen* i salgsprisen. Bortfester har ikke en slik mulighet, ettersom eiendommen da ville verdsettes med en fremtidig lav festeavgift.

²⁰⁵ Avsnitt 126 flg.

²⁰⁶ Avsnitt 129.

²⁰⁷ Avsnitt 130.

²⁰⁸ Dette ble også nevnt i avsnitt 99.

²⁰⁹ Avsnitt 131.

Avslutningsvis fremhevet EMD at bortfester kunne ha en *berettiget forventning* om at festekontraktene ville utløpe etter sitt innhold, uavhengig av mellomliggende diskusjoner og lovendringer.²¹⁰ Dette kan ses som et direktiv til de nasjonale myndigheter om at det må tas hensyn til bortfesteres avtalebaserte forventninger uavhengig av etterfølgende lovutvikling.

Alle argumentene EMD nevnte i saken trakk i retning av at forlengelsesretten på samme vilkår som tidligere utgjorde et uforholdsmessig og overdrevent inngrep i bortfesteres eiendomsinteresser. Det var derfor ikke overraskende at domstolen konkluderte med at det ikke synes å foreligge en rimelig fordeling mellom de sosiale og økonomiske byrdene i saken, men at byrden var plassert utelukkende hos klagerne.²¹¹ Den norske stat hadde ikke funnet en rimelig balanse mellom den generelle samfunnsinteressen og klageres eiendomsrett.²¹² EMK P1-1 var dermed krenket, på tross av den vide skjønnsmarginen.²¹³

4.4 Forholdet mellom skrankene

Fremstillingen over viser at det er store paralleller mellom grl. § 97 og EMK P1-1 ved inngrep i festeavtaler. Grl. § 97 synes imidlertid å vektlegge hensynet til festeren tyngre. Dette kan skyldes at det her foretas en bredere interesseavveining, og ikke en proporsjonalitetsvurdering. Det må imidlertid antas at hovedsakelig de samme momenter vil være relevante i vurderingen. Det fremkommer likevel av drøftelsen over at domstolene har ulikt syn på vektingen av disse. I den forbindelse kan formålet trekkes frem, samt betydningen av etterfølgende lovgivning for bortfesteres avtalebaserte forventninger. I tillegg kan det nevnes at selv om begge domstoler har sett hen til den fordeling av verdiøkningen tfl. § 33 medfører, så ser Høyesterett i mindre grad enn EMD hen til den kvantifiserte størrelsen av tomteverdien festeavgiften utgjør.

Det er etter dette klart at EMK gir bortfester bedre beskyttelse mot inngrep i avtalen enn Grunnloven, slik § 97 er tolket i Rt-2007-1281 (Øvre Ullern) og Rt-2007-1306 (Rollag). Betydningen av Grunnloven som skranke i en senere tomtefestesak beror derfor på i hvilken grad Høyesterett vil trekke inn kilder tilknyttet EMK P1-1 ved fastleggelsen av tilbakevirkningsvernets rekkevidde.

²¹⁰ Avsnitt 133.

²¹¹ Avsnitt 134.

²¹² Avsnitt 134.

²¹³ Avsnitt 136.

Den tilbakevirkningsvurderingen som foretas i NOU 2013:11 tilsier at tolkingen av grl. § 97 vil være upåvirket av utviklingen internasjonalt. Utvalget uttalte at «Øvre Ullern-dommen vil være retningsgivende for vurderingen her».²¹⁴ Det ble kort fastslått at ingen av modellene gir større inngrep enn det som var situasjonen i Øvre Ullern-saken, og at de derfor alle var grunnlovsmessige. At Øvre Ullern-saken *automatisk* anses avgjørende for resultatet etter Grunnloven er etter mitt syn uheldig. Avgjørelsen er riktignok enstemmig avsagt av Høyesterett i plenum. Argumentasjonen er likevel, som nevnt over, beheftet med visse svakheter. I tillegg er avgjørelsen kritisert i juridisk teori.²¹⁵ Etter alminnelig rettskildelære er derfor avgjørelsens prejudikatsverdi svekket. Dette taler for at Øvre Ullern-saken må suppleres med retningslinjer fra annen rettspraksis, de momenter som er trukket frem av EMD i Lindheim-saken og momenter fra den konkrete sak når rekkevidden av grl. § 97 skal fastlegges.

Det er på det rene at internasjonale menneskerettighetskonvensjoner generelt er *relevante* kilder ved grunnlovstolkningen, i betydningen kilder det er tillatt å ta i betraktning.²¹⁶ Internasjonale kilder er uansett ikke automatisk avgjørende for grunnlovstolkningen.²¹⁷ I saker der både Grunnloven og EMK har vært aktuelle rettsgrunnlag, har Høyesterett stort sett forholdt seg til det regelsettet som gir beste beskyttelse uten å problematisere forholdet mellom dem.²¹⁸

Der EMK gir et dårligere vern enn Grunnloven følger det av EMK selv at konvensjonen ikke skal trekkes inn ved grunnlovstolkningen, jf. art. 53.²¹⁹ Der EMK gir samme eller bedre vern enn Grunnloven er det adgang men ikke plikt til å trekke inn EMK ved grunnlovstolkningen. I hvilken grad EMK P1-1 *burde* trekkes inn ved tolkingen av grl. § 97 vil i stor grad bero på en hensiktsmessighetsvurdering.

Grl. § 97 og EMK P1-1 har tidligere vært antatt å gi vern på omtrent samme nivå. Det er større grunn til å tolke Grunnloven i lys av EMK når Grunnlovens innhold er nokså åpent,

²¹⁴ NOU 2013:11 s. 49.

²¹⁵ Se eksempelvis Flaaten (2008) og Høgberg (2010a).

²¹⁶ Jf. Kierulf (2011) s. 30, Høgberg (2013) s. 261-264.

²¹⁷ Dette ville stride mot det dualistiske prinsipp, selv om presumsjonsprinsippet kan tale for at også Grunnloven skal tolkes i lys av menneskerettighetene.

²¹⁸ Kierulf (2013) s. 440.

²¹⁹ Se *ibid.* s. 432 og Eggen (2002) s. 102. Konvensjonen skal ikke tolkes på en måte som undergraver menneskerettighetene som allerede finnes i medlemsstatene.

og tolkingen ikke går utover det som må anses som en presisering av ordlyden.²²⁰ Nå er det grunn til å anta at EMK P1-1 gir *bedre vern* enn grl. § 97. Smith har uttalt at det i denne situasjonen ikke er noen grunn til å tolke grunnlovsbestemmelsen slik at forskjellen bortfaller, fordi dette ikke er nødvendig.²²¹

Problemet med EMK-uavhengig grunnlovstolkning er at dette kan bidra til at det utvikles to *parallelle rettighetsvern*.²²² Grl. § 97 og EMK P1-1 står dermed i fare for å bli som grl. § 100 og EMK art. 10, hvor det er EMK som utgjør den reelle skranke for inngrep. Etter min vurdering burde vernet etter grl. § 97 og EMK P1-1 derfor være noenlunde likt. Gjeldende tolking av EMK P1-1 ligger innenfor ordlyden i grl. § 97. Likevel vil antakelig hverken lovgiver eller Høyesterett få behov for å endre tolkingen av grunnlovsbestemmelsen. Ettersom EMK P1-1 er gjennomført ved menneskerettsloven, kan bestemmelsen påberopes direkte som en del av norsk rett.²²³ Når EMK gir grunneier best vern mot inngrep er det lite prosessøkonomisk gunstig å anføre grunnlovsstrid i tillegg. Retten trenger dermed ikke å ta stilling til tolkingen av grl. § 97. En slik tendens kan allerede gjenfinnes i rettspraksis.

Det må etter dette antas at det er EMK P1-1 som vil være den reelle skranke for lovgiverens adgang til å foreta inngrep i avtale om regulering av festeavgift for fremtiden. I det videre vil jeg derfor kun behandle de grenser som følger av denne bestemmelsen.

²²⁰ Smith (2012) s. 381. Smith omtaler dette som «inspirasjon» fra internasjonal rett ved grunnlovstolkning.

²²¹ Ibid. s. 380.

²²² Kierulf (2013) s. 448.

²²³ Høgberg (2013) s. 264.

5 Saksrelevante momenter ved vurdering av lovinngrep i avtale om regulering av festeavgift

5.1 Innledning

Utgangspunktene for proporsjonalitetsvurderingen er nevnt ovenfor (punkt 4.3.2.). Det sentrale er å finne en rimelig balanse mellom statens styringsbehov og individets beskyttelsesbehov.²²⁴ Det skal dermed ikke foretas en generell interesseavveining i form av en pro et contra drøftelse. I utgangspunktet er det en proporsjonalitetsvurdering i snever forstand som skal foretas. Dette er ren avveining av om det angitte formål kan rettferdiggjøre inngrepet i eiendomsinteressen.²²⁵ Det er likevel klart at en rekke momenter kan spille inn også i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK P1-1.²²⁶

Avhandlingens hovedproblemstilling gjelder lovgivers adgang til å gjøre inngrep i festeavtaler om regulering av festeavgift. Det er da særlig lovinngrepene ved regulering i avtaletiden etter tfl. § 15 og regulering ved forlengelse etter § 33 som er sentrale. I dette kapitlet vil jeg behandle de momenter som typisk vil være relevante ved proporsjonalitetsvurderingen etter EMK P1-1. Deretter vil jeg foreta en nærmere vurdering av tfl. § 15 i kapittel 6, og lovarbeidet i kapittel 7. Denne systematikken er hensiktsmessig av flere grunner.

Fremstillingen i kapittel 3 har vist at det etter § 15 særlig vil være fire ulike elementer i overgangsreglene som kan være problematiske.²²⁷ De to første gjelder adgangen til å foreta et engangsløft, kravet om at regulering etter avtalen kun kan skje ved «den første reguleringa» etter 1. januar 2002, og at kun det som «tvillaust» er avtalt gir grunnlag for regulering.²²⁸ De to andre elementene begrenser engangsløftets størrelse, gjennom et «høgstebeløp» og at råtomtverdien skal vurderes ut fra eksisterende bruk og ikke den påregnelige utnyttelse.²²⁹ Det er på det rene at tfl. § 33 i sin nåværende form er konvensjonsstridig. Jeg vil derfor også vurdere det pågående lovarbeid i lys av de skranker som EMK P1-1 setter. Som følge av at

²²⁴ Solheim (2010) s. 82.

²²⁵ Høgberg (2010a) s. 306.

²²⁶ Se Solheim (2010) s. 82. Solheim har videre uttalt at proporsjonalitetstesten samlet sett fremstår som «noe mindre streng» enn proporsjonalitetstesten etter andre bestemmelser i konvensjonen.

²²⁷ Se punkt 3.4.

²²⁸ Se punkt 3.4.2.

²²⁹ Se punkt 3.4.3.

det er flere ulike vurderinger som skal foretas, vil det medføre *dobbelbehandling* om jeg skulle fastlegge rekkevidden av konvensjonen i alle vurderingene.

Videre må eiendomsvernet i enhver sak tilpasses det underliggende faktum som foreligger.²³⁰ Dette følger av at ingen inngrepssaker er identiske.²³¹ Gjennom å skille ut de relevante momenter vil jeg kunne foreta en dypere undersøkelse av de momenter som særlig er saksrelaterte. Disse vil ikke nødvendigvis være naturlige å bringe inn i en vurdering av om det enkelte lovinngrep er i strid med EMK P1-1 uavhengig av et konkret faktum. De momenter som behandles i dette kapittel vil dermed kunne komme inn i alle de senere vurderinger av lovgivers lovgivningskompetanse som skal foretas. Oversikten er imidlertid ikke uttømmende.

De anvendte momenter i Lindheim-saken er blitt sammenfattet av Solheim i fem punkter.²³² For det første ble det vektlagt at lovgiver ikke hadde foretatt noen særskilt vurdering av om tfl. § 33 gav en rimelig balanse mellom partenes interesser. For det andre var festeavgiften lav og hadde ingen sammenheng med tomtens markedsverdi. For det tredje var bestemmelsen generelt utformet, slik at det ikke var rom for en individuell vurdering. For det fjerde skjedde forlengelse med ubestemt varighet, uten noen mulighet for etterfølgende oppregulering av festeavgiften etter andre faktorer enn KPI. For det femte medførte den manglende kobling til tomtens markedsverdi at hele realverdiøkningen tilfalt fester.

Jeg vil ikke foreta en skjematisk fremstilling av de nevnte momenter, men har foretatt et utvalg av momenter som jeg mener det er grunn til å omhandle noe nærmere. Der det foreligger særlig stor usikkerhet eller kritikk har jeg foretatt en grundigere undersøkelse.

I det videre vil betydningen av lovgivers vurderinger undersøkes (punkt 5.2). Dette moment er i hovedsak begrunnet av selve rettsordenen, og forståelsen av forholdet mellom den demokratisk valgte lovgiver og domstolene.²³³

Deretter behandles betydningen av inngrepets formål (punkt 5.3). Samfunnets interesser vil kunne overstyre individets interesser, men det er klart at ikke enhver samfunnsinteresse er tilstrekkelig til å begrunne inngrep.²³⁴

²³⁰ Høgberg (2010a) s. 324.

²³¹ L.c.

²³² Se Solheim (2013). Fremstillingen bygger på sammenfatningen av NOU 2013:11 s. 33.

²³³ Høgberg (2010a) s. 394.

²³⁴ Ibid. s. 367.

Videre vil jeg se på momenter vedrørende individinteresser, nærmere bestemt hvordan, og med hvilken tyngde, partene rammes av tilbakevirkningen. Dette aktualiserer spørsmålene om hvor inngripende lovreguleringen er (punktene 5.4 og 5.6), og hvilke berettigede forventninger partene har (punkt 5.7).²³⁵ Jeg vil gå særlig i dybden ved drøftelsen av festeavgiftens størrelse.

5.2 Lovgivers vurderinger²³⁶

Lovgivers vurderinger er relevante i proporsjonalitetsvurderingen. Forholdet til EMK P1-1 er som regel ikke behandlet i tomtefestelovens forarbeider. EMK stiller imidlertid intet krav til at dens bestemmelser eksplisitt skal være vurdert i nasjonal praksis.²³⁷ Det avgjørende er om de relevante avveininger er foretatt, og sentrale vurderingstema er bedømt.²³⁸

I Lindheim-saken foretok EMD en gjennomgang av forarbeidene, og uttalte at lovgiver ikke hadde foretatt noen særskilt vurdering av om tfl. § 33 innebar en «fair balance» mellom grunneier og fester.²³⁹ Det kommer imidlertid ikke klart frem av dommens premisser hvilken *betydning* dette forhold hadde i vurderingen.

Lovgivers vurderinger har tradisjonelt vært trukket inn i proporsjonalitetsvurderingen gjennom den skjønnsmargin som EMD tillegger nasjonale myndigheter.²⁴⁰ Statens skjønnsmargin er prinsipielt et annet spørsmål enn den materielle proporsjonalitetsterskelen, ettersom denne relaterer seg til hvor *inngående* lovgivningen prøves – den såkalte prøvingsintensiteten.²⁴¹ Prøvingsintensiteten er hovedsakelig et spørsmål om hvor langt domstolen er berettiget til å la sin egen tolking gå foran den tolking lovgivningen bygger på.²⁴² Dersom lovgivers vurdering automatisk legges til grunn for vurderingen, medfører dette at loven i realiteten ikke prøves av domstolen.

²³⁵ Høgberg (2010a) s. 332.

²³⁶ Henvisningen til «lovgiver» her forutsetter en identifikasjon mellom Stortinget selv og departementets utredninger. Det bygges på en fiksjon om at alle disse, i den grad de er blitt sanksjonert, uttrykker lovgivers vilje og vurderinger.

²³⁷ Kierulf (2013) s. 431-432 og 447.

²³⁸ Ibid. s. 432.

²³⁹ Avsnitt 128.

²⁴⁰ Se punkt 4.3.2.

²⁴¹ Solheim (2010) s. 84.

²⁴² Solheim (2014) s. 3.

Det kan virke som om statens skjønnsmargin og den materielle proporsjonalitetsvurderingen blandes sammen, noe Lindheim-saken kan være et eksempel på. De sentrale momentene i vurderingen, som bakgrunnen for inngrepet og inngrepets art, vil imidlertid få betydning i begge tilfelle.²⁴³ Det vil derfor etter mitt syn av underordnet betydning å fastlegge hva som har vært den reelle begrunnelsen for resultatet. En vid eller mer begrenset skjønnsmargin vil inngå i det samspill av momenter som eller foreligger i den konkrete sak. Det avgjørende spørsmålet er hvorvidt lovgivers vurdering kan tillegges vekt i vurderingen.

Solheim har uttrykt at Lindheim-sakens krav om en spesifikk vurdering er «å kreve for mye», ettersom det fremkom indirekte av forarbeidene at balansen var hensyntatt.²⁴⁴

Etter mitt syn er det naturlig å sammenlikne EMDs krav til lovgivers vurdering med de nasjonale krav som stilles til Stortingets grunnlovsvurdering ved prøving av lover.²⁴⁵ Høyesterettspraksis har både stilt krav til *graden av tvil* som må foreligge før lovgivers vurdering kan trekkes inn, og til *kvaliteten* av selve grunnlovsvurderingen for at denne kan legges til grunn.²⁴⁶ Kvalitetskravet oppsummeres i Rt-2010-143 (Rederibeskatning), hvor det uttales at Stortinget må ha lagt til grunn et relevant prøvingstema og vært oppmerksom på vesentlige konsekvenser av en lov.²⁴⁷ Det er dermed ikke tilstrekkelig om en regel innføres under forutsetning av at denne ikke støter an mot konvensjonen. Lovgiver skal ha foretatt en reell vurdering av konsekvensen av den rettstilstand som etableres. Dette vil innebære at lovens antatte virkninger for den private part må identifiseres, og avveies mot det forhold som begrunner lovgivningen. I tomtefestelovens forarbeider er de økonomiske konsekvensene av tomtefestelovgivningen i liten grad balansert mot de sosiale hensyn. Jeg vil derfor ikke nødvendigvis trekke samme slutning som Solheim, som uttaler at «EMD gikk for langt i sitt krav til hva lovgiver på forhånd må ha vurdert».²⁴⁸

Motforestillingene mot at EMD stiller krav til lovgivers vurdering reduseres ved en nærmere undersøkelse av *betydningen* av at en slik spesifikk vurdering ikke er foretatt. Det er ikke holdepunkter for at dette ble vektlagt som et selvstendig moment i favør av konvensjons-

²⁴³ Solheim (2010) s. 84.

²⁴⁴ Solheim (2013) s. 302 med henvisning til Ot.prp.nr.41 (2003-2004) s. 54-55.

²⁴⁵ For en grundig fremstilling av lovgivers vurdering av lovers grunnlovsmessighet, se Solheim (2014).

²⁴⁶ Se Rt-2010-143 (Rederibeskatning) i avsnitt 172, Rt-2007-1281 (Øvre Ullern) avsnitt 76 og i tilknytning til grl. § 105, Rt-2007-1308 (Sørheim) avsnitt 42.

²⁴⁷ Avsnitt 172.

²⁴⁸ L.c.

brudd. Etter min tolking har dette i større grad påvirket vurderingen gjennom at EMD måtte legge til grunn sin egen vurdering av hva som gir en rimelig balanse mellom de samfunnsmessige interesser og individvernet. En annen måte å se dette er at skjønnsmarginen innsnevres, men dette er kun et navn på resultatet.

Etter dette kan det etter min vurdering utledes at dersom lovgiver har foretatt en noenlunde fornuftig og rimelig vurdering av balansen under lovarbeidet, vil dette kunne være førende for EMDs vurdering. Lovgivers syn kan likevel ikke automatisk være avgjørende.

Er derimot en tilstrekkelig vurdering av relevante tema ikke foretatt, vil EMD på friere grunnlag avgjøre hva som gir en rimelig balanse etter EMK P1-1.

5.3 Inngrepets formål

5.3.1 Boligsosiale hensyn

Inngrepets formål er sentralt for proporsjonalitetsvurderingen, som skal være en avveining mellom «the demands of the general interest of the community», og klagerens beskyttelsesbehov.²⁴⁹ I dette avsnittet vil jeg se nærmere på i hvilken grad boligsosiale hensyn kan begrunne inngrep etter EMK P1-1.

I Lindheim-saken ble det foretatt en gjennomgang av lovgivers vurderinger i forarbeidene. Det gjøres imidlertid ikke noen grundig analyse av formålssiden ved proporsjonalitetsvurderingen, eller hvor tungtveiende denne er. Dette føyer seg inn i en generell tendens i EMDs praksis.²⁵⁰ Ofte gjentas kun formålet slik det er formulert ved behandlingen av legitimiteten tidligere, og det uttales sjelden hvor tungtveiende formålet er.²⁵¹

Bakgrunnen for inngrepet har fått stor betydning i proporsjonalitetsvurderingen der formålet har vært å oppnå større sosial rettferdighet.²⁵² EMD har i en rekke saker akseptert omfattende inngrep i eiendomsretten av hensyn til boligmangel.²⁵³ I utgangspunktet vil dermed boligsosiale hensyn begrunne relativt store inngrep i avtalen.

²⁴⁹ Solheim (2010) s. 84.

²⁵⁰ L.c.

²⁵¹ L.c.

²⁵² Ibid. s. 85.

²⁵³ Mellacher mfl. mot Østerrike (1989), James-saken, Nobel mfl. mot Nederland (2013). Se nærmere om dette under punkt 5.5.4 om fordeling av verdistigningen.

I Norge i dag vil imidlertid inngrep i festeavtaler sjelden kunne begrunnes med et behov for å skaffe husvære til trengende, i motsetning til det som skjedde etter kommunismens fall i en rekke europeiske land.²⁵⁴ Prisreguleringer og andre inngrep vil i større grad kunne være begrunnet av et politisk ønske om vern av bestående forhold.

Om tiltaket er helt uegnet til det anførte formålet prøves i liten grad, ettersom skjønnsmarginen ved formålsvurderingen er svært vid.²⁵⁵ Det har imidlertid vært påpekt at hvis eiendomsinngrepets sammenheng med statens målsetninger er veldig svak, skal det mer til for at inngrepet anses proporsjonalt.²⁵⁶ Fra dette utleder Solheim at man for å avgjøre formålet betydning for proporsjonaliteten både må se hen til hvor tungtveiende formålet er *i seg selv*, og hvor *effektivt* det aktuelle eiendomsinngrepet er for å nå dette målet.²⁵⁷ Som en generell retningslinje for vurderingen uttaler han videre at der statens styringsbehov er særlig stort, skal det normalt mindre til for at en rettferdig balanse anses oppnådd.²⁵⁸ Dette er tilfellet på tomtefesteområdet. Bortfester vil da måtte finne seg i mer tyngende eiendomsinngrep enn ellers, og lovgivers adgang til å gjøre inngrep vil være vidtgående.²⁵⁹ Der EMD finner at formålet ikke er særlig tungtveiende, enten i seg selv eller fordi sammenhengen med inngrepet er for fjern, vil domstolen lettere komme til at inngrepet er uforholdsmessig.²⁶⁰ Dette vil gi bortfester et sterkere vern, og lovgivers adgang til å gjøre inngrep vil i større grad være begrenset.²⁶¹ Sistnevnte situasjon var tilfellet i Lindheim-saken, hvor EMD kom til at inngrepet ikke var tilstrekkelig proporsjonalt.

I Lindheim-saken ble det uttalt at lovens generelle virkeområde medførte at den «most likely had a much wider reach than merely addressing situations of potential financial hardship and social injustice and reflected social policy in a broad sense».²⁶² Slike generelle, fordelingspolitiske hensyn må dermed antas å rettferdiggjøre mindre inngrep enn renere boligsosiale hensyn. EMDs vektlegging skilte seg dermed fra Høyesteretts, hvor boligsosiale hensyn

²⁵⁴ Se under «decent profit» i punkt 5.5.2.

²⁵⁵ Se punkt 4.3.2.

²⁵⁶ Solheim (2010) s. 87 med videre henvisninger.

²⁵⁷ L.c.

²⁵⁸ L.c.

²⁵⁹ L.c.

²⁶⁰ L.c.

²⁶¹ L.c.

²⁶² Avsnitt 130.

ble ansett å være av stor vekt på et mer generelt nivå, uavhengig av hvordan dette konkret gjorde seg gjeldende for de aktuelle festerne i saken. Det forelå imidlertid ikke slike i saken. Førstvoterende uttalte at «sjølv om det nok er så at sosiale omsyn særleg kjem inn når det gjeld faste bustader, har det også stor vekt for trivsel og velferd å ha ein fritidsbustad».²⁶³

Forskjellen på Høyesteretts og EMDs vektlegging av formålet er antakeligvis en konsekvens av domstolens syn på prøvingen. I Lindheim-saken uttalte EMD at konvensjonens rettigheter skal være «practical and effective», og at domstolen derfor «must look behind appearances and investigate the realities of the situation complained of».²⁶⁴ Domstolens dynamiske tolking medførte dermed at det anførte formålet ikke uten videre kunne legges til grunn. Dette kan antakeligvis tilbakeføres til at EMK først og fremst skal verne individet mot overgrep, mens grl. § 97 tradisjonelt er blitt ansett som en skranke for lovgivningskompetansen.

Når behandlingen av formålet i Øvre Ullern- og Rollag-saken og Lindheim-saken sammenliknes, er det særlig ett forhold som bør fremheves. Høyesterett har sett reguleringen som en helhet, og har ansett boligsosiale hensyn å kunne begrunne inngrep også ved leie til andre formål. EMD synes på sin side å mene at adgangen til å foreta lovinngrep styres av de tilfelle som er minst beskyttelsesverdige i den gruppen som reguleres. Dette må antas å utgjøre grunnlaget for at «en lav festeavgift i større grad kan forsvares ved bortfeste til boligeiendom, enn ved bortfeste til fritidseiendom».²⁶⁵ En slik slutning kan ikke aksepteres i proporsjonalitetsvurderingen etter EMK P1-1.

5.3.2 Særlig om retstekniske hensyn

De inngripende bestemmelsene om regulering av festeavgiften i tfl. § 15 er eksplisitt begrunnet også i hensynet til klarhet og forutberegnelighet, samt å unngå tvister.²⁶⁶ Spørsmålet er hvorvidt individvernet kan måtte vike til fordel for en inngripende lovregulering som ivaretar slike retstekniske hensyn.

Det er lite holdepunkter i praksis, og spørsmålet har derfor ingen sikre svar. I *Lindheim*-saken ble lovgiverens reguleringsbehov nevnt i premissene. EMD uttalte at retten «understands the need emphasised in the national legislative process for clear and foreseeable

²⁶³ Avsnitt 14.

²⁶⁴ Avsnitt 119, Hutten-Czapska-saken avsnitt 168.

²⁶⁵ Solheim (2013) s. 303.

²⁶⁶ Ot.prp.nr. 41 (2003-2004) s. 65. Sitert under punkt 6.2.

solutions and the need to avoid costly and time-consuming litigation on a massive scale before the national courts».²⁶⁷ Dette ble imidlertid uttalt som en del av den generelle bakgrunnen for domstolens vurdering av de konkrete forhold. Det fremkommer dermed ikke hvilken *vekt* som er lagt på dette forhold.

Høgberg har behandlet spørsmålet i forhold til grl. § 97. Etter en undersøkelse av praksis uttales det at «[p]rinsipielt er det ikke noe i veien for å trekke praktiske hensyn inn i argumentasjonen ved tilbakevirkningsvurderingen».²⁶⁸ Når slike hensyn er en del av begrunnelsen for lovgivningen, slik som er tilfelle for tomtefestelovgivningen, er retts tekniske hensyn kun en side av hensynet til lovgivers vilje og vurderinger. Høgberg kunne imidlertid ikke utlede noe sikkert om hvor langt slike hensyn kan strekkes. Det at Lindheim-saken ikke trekker hensynet inn i større grad, kan tilsi at argumentet tillegges begrenset verdi dersom inngrepet må anses å være alvorlig.²⁶⁹

I EMD ble de retts tekniske hensyn trukket frem under henvisning til det store omfang festekontrakter i Norge.²⁷⁰ For dette momentet kan det dermed ha betydning om det er mange eller få som rammes av lovgivningen.

5.4 Generelt om inngrepets styrke og karakter

Hvor inngripende lovreguleringen er, står helt sentralt i helhetsvurderingen etter EMK P1-1. Det som skal vurderes er om det foreligger en «fair balance» mellom «the demands of the general interest of the community» og klagerens behov for beskyttelse.²⁷¹ Det må antas at det skal mye til for at svært inngripende tilbakevirkning skal aksepteres.²⁷² Spørsmålet er hva som gjør et inngrep i bortfesteres rett til regulering av festeavgiften mer eller mindre alvorlig.

For det første vil det ha betydning hvor *absolutt og endelig* inngrepet er.²⁷³ Inngrepets varighet har betydning for dets styrke. Det er utvilsomt at EMK P1-1 gir bedre vern for varig

²⁶⁷ Avsnitt 125.

²⁶⁸ Høgberg (2010a) s. 376.

²⁶⁹ Ibid. s. 377. Høgberg har uttalt i relasjon i grl. § 97 at dette vil gjelde til og med der retts tekniske hensyn er den sentrale begrunnelse for lovgivningen.

²⁷⁰ Avsnitt 125.

²⁷¹ Solheim (2010) s. 84.

²⁷² Høgberg (2010a) s. 333 uttaler dette i relasjon til grl. § 97. Se forutsetningsvis av Solheim (2010) s. 94-95.

²⁷³ Høgberg (2010a) s. 333. Solheim (2010) s. 87 flg. uttrykker indirekte det samme gjennom sontringen mellom ulike former for inngrep.

eiendomsavståelse enn midlertidige avståelser.²⁷⁴ I Lindheim-saken vektla EMD at den skjeve fordelingen av verdiøkningen tfl. § 33 innebar ville fortsette med «indefinite duration».²⁷⁵

Varige inngrep som innebærer overføring av økonomiske rettigheter og plikter i feste-kontrakter er *ekspropriasjon* etter den tradisjonelle definisjon. Som et utgangspunkt vil kontrollinngrep lettere kunne aksepteres enn formell og reell ekspropriasjon, ettersom ekspropriasjon er gitt et sterkt vern i EMK P1-1 første ledd annet punktum. Bakgrunnen for differensieringen av vernet er at ekspropriasjonsinngrep typisk vil være mer inngripende enn kontrollinngrep. Som nevnt over er det imidlertid av underordnet betydning å kategorisere et inngrep som kontroll eller ekspropriasjon etter EMK P1-1, ettersom det avgjørende uansett er en samlet vurdering av inngrepets karakter.²⁷⁶ Dette skiller seg fra Høyesteretts vurdering av forholdet mellom grl. §§ 97 og 105.²⁷⁷ I proporsjonalitetsvurderingen vil imidlertid inngrepets art kunne være av betydning, ettersom total avståelse av eiendom vil være vanskeligere å rettferdiggjøre enn inngrep av mindre tyngende karakter.²⁷⁸

Det er videre av betydning hvor *overraskende* lovinngrepet er.²⁷⁹ Vurderingen av inngrepets styrke vil avhenge av hvilke forventninger de private parter har til at rettstilstanden forblir uendret.²⁸⁰ Det er dermed en tett kobling mellom vurderingen av inngrepets alvor og styrke og partenes berettigede forventninger, som behandles nedenfor.²⁸¹

5.5 Festeavgiftens størrelse

5.5.1 Innledning

Tomtefestelovens bestemmelser om regulering av festeavgiften kan legge sterke restriksjoner på bortfesteres mulighet til å få avkastning av festetomten. Det er klart at den økonomiske konsekvensen for bortfester er et relevant moment i vurderingen. EMD har vist til festeavgiftens størrelse i en rekke avgjørelser om leieavgifter. I Lindheim-saken uttalte domstolen at den var

²⁷⁴ Høgberg (2010a) s. 334.

²⁷⁵ Avsnitt 131.

²⁷⁶ Høgberg (2010a) s. 401.

²⁷⁷ Se punkt 4.2.3 i Rt-2007-1281 (Øvre Ullern)

²⁷⁸ Solheim (2010) s. 87-88.

²⁷⁹ Høgberg (2010a) s. 333.

²⁸⁰ L.c.

²⁸¹ Punkt 5.6.

«struck by the particularly low level of rent» bortfesterne mottok, kvantifisert til 0,25 prosent av markedsverdien av tomten.²⁸²

Festeavgiftens størrelse er i løpende kontrakter normalt det avgjørende for om bortfester tar del i verdistigningen på tomten eller ikke.²⁸³ Hvilken *fordeling av realverdiøkningen* lovgivningen innebærer, har vært ansett relevant i relasjon til EMK P1-1. I Lindheim-saken var det tungtveiende for EMD at grunneier ikke fikk noen mulighet for oppjustering utover konsumprisindeksen, slik at den sosiale og økonomiske byrden var plassert på grunneierne alene.²⁸⁴ Det var kun fester som kunne realisere verdistigningen på tomten gjennom overføring av festeforholdet.²⁸⁵ EMK P1-1 stiller dermed størst krav også på dette punktet.

Problemstillingen for den videre drøftelse er hvor lav prosentandel av tomteverdien festeavgiften kan utgjøre som følge av lovinngrep uten å være i strid med EMK P1-1 – der bortfester ellers ville hatt en forventning om fastsettelse av festeavgiften etter tomteverdien.²⁸⁶ Dette omfatter både situasjonen der avtalen viser til regulering etter tomteverdien og det alminnelige rentenivå, samt der avtalen gir bortfester adgang til forhandling om ny festeavgift.

I det videre vil jeg ta utgangspunkt i EMDs praksis vedrørende EMK P1-1 som har oppstilt visse krav til fortjeneste.²⁸⁷ Deretter vil den nedre grense for festeavgiftens størrelse behandles, før jeg går grundig inn i hvilke begrensninger en forventning om rimelig avkastning legger på lovgivers inngrepsadgang. Etter dette vil jeg undersøke hvor stor del av verdistigningen lovgiver kan tildele fester uten at det foreligger brudd på EMK P-1.

5.5.2 Krav til en «decent profit» etter EMDs praksis

I dette avsnittet vil EMD-praksis vedrørende utleierestriksjoner og prisregulering undersøkes. Formålet er å forsøke å fastlegge hvor stor prosentandel festeavgiften må utgjøre for å tilfredsstille bortfesters eiendomsvern.²⁸⁸

²⁸² Avsnitt 129.

²⁸³ Ved innløsning av tidsbegrenset festekontrakt kan grunneier uansett kreve 40 prosent, jf. tfl. § 37. For tidubegrensede kontrakter vil festeavgiften være avgjørende også ved innløsning.

²⁸⁴ Avsnitt 131.

²⁸⁵ Avsnitt 132.

²⁸⁶ Se punkt 2.4.

²⁸⁷ Solheim (2010) s. 123 flg. utleder av EMDs praksis at rett til profitt inngår som et element i eiendomsinteressen etter P1-1. Når også besittelse og bruk er begrenset til evig tid, vil inngrepet kunne bli omfattende.

²⁸⁸ Se om boligsosiale hensyn og nivået på festeavgiften i NOU 2013:11 s. 44 flg. Praksisens relevans følger av at EMD i Lindheim-saken tok utgangspunkt i *Hutten-Czapska*-saken.

I *Lindheim-saken* ble det uttalt at festeavgiften på 0,25 prosent var veldig lav. Festeavgiften ble videre sammenliknet med «the level of the real-estate tax chargeable on the plots» på 0,2-0,7 prosent, som for EMD viste en «striking contrast» mellom størrelsene.

Hutten-Czapska-saken gjaldt utleierestriksjoner som følge av boligmangel etter kommunismens fall. Klageren anførte at det forelå konvensjonsbrudd fordi restriksjonene medførte at hun ikke kunne få fortjeneste av eiendommen, samtidig som retten til besittelse og bruk ikke kunne gjenvinnes. I saken var leieinntekten så lav at den ikke en gang dekket utleiers skatter og utlegg. EMD la til grunn at prisreguleringen ikke kunne være så streng av utleieren taper penger på utleieforholdet. Domstolen uttalte at staten må sikre at intern rett ivaretar utleierens interesser, herunder «their entitlement to derive profit from their property».²⁸⁹ EMD sa lite om hva som er tilstrekkelig for å tilfredsstille konvensjonen, utover å antyde at lovgivningen må sikre utleieren «what might be considered a ‘basic rent’, ‘economically justified rent’ or ‘decent profit’».²⁹⁰

Kravet til fortjeneste har vært forsiktig tolket. Både Solheim og NOU 2013:11 har lagt til grunn at dommen ikke kan tas til inntekt for et krav på «god avkastning», men at det heller er tale om å «sikre at utleieren i alle fall ikke taper penger».²⁹¹ EMDs dom *Fleri Soler og Camilleri mot Malta* (2006) stilte imidlertid visse krav til profittelementets størrelse. EMD bygget på at utleieforholdet måtte gi mer enn en helt «minimal profit», men det ble ikke sagt noe generelt om hvor stor fortjenesten burde være.²⁹² Inngrepet ble ikke akseptert ettersom klagerne hadde fått ubetydelige summer i leie helt siden 1941. Avgjørelsen var i tillegg spesiell, ettersom den gjaldt pålagt utleie av kontorlokaler til det offentlige. Sosiale hensyn gjorde seg dermed ikke gjeldende i saken. Dette begrenset naturligvis hvilke inngrep i eiendomsretten som kunne aksepteres. Avgjørelsen gir dermed begrenset veiledning.

I *Urbárska obec Trenčianske Biscupice mot Slovakia* (2007) var pålagt utleie til hobbyhageformål underlagt prisregulering. I likhet med i *Lindheim-saken* vektla EMD at eiendomsskatten var høyere enn leieinntektene.²⁹³ Hvem som betalte skatten var uten betydning.

De nevnte avgjørelser er fulgt opp i avvisningskjennelsen *Nobel mfl. mot Nederland* (2013). Klagerne eide utleieleiligheter hvor prisregulering forhindret dem i å fritt forhandle

²⁸⁹ Avsnitt 239.

²⁹⁰ Avsnitt 239. Se også NOU 2013:11 s. 45.

²⁹¹ Se Solheim (2010) s. 125 og NOU 2013:11 s. 45-46.

²⁹² Avsnitt 78.

²⁹³ Avsnitt 143.

seg frem til en leiepris. Reguleringen ble ansett forholdsmessig, ettersom klagerne mottok «a decent profit from their rental income». Klagerne mottok en leie som lå godt over eiendomsskatten, sammenliknet med det som var situasjonen i *Lindheim*-saken. Det var heller ikke holdepunkter for at leieinntekten ikke dekket utlegg og skatter som i *Hutten-Czapska*-saken.²⁹⁴ Eiendomsskatten var på 0,05 i alle tilfelle. Etter egne beregninger var årlig leieinntekt i første tilfelle 2 prosent av tomteverdien, og fortjenesten på 0,18 prosent. For sakens tredje tilfelle var årlig leieinntekt på 2,9 prosent årlig.

Avgjørelser om utleierestriksjoner i tidligere kommunistregimer må tolkes i lys av at staten har hatt et betydelig behov for å sørge for vanskeligstiltes bosituasjon. Dette har antakelig påvirket hvor store inngrep som kunne aksepteres. Resultatene kan derfor ikke automatisk legges til grunn i tomtefestesaker. Basert på EMDs uttalelser i de nevnte dommene, kan det likevel utledes at festeavgiften skal gi bortfester en «decent profit».

Avgiften bør som et *minimum* dekke utlegg og skatter bortfester faktisk har i forbindelse med leieforholdet. Videre kan det synes som om avkastningen i prosent ikke kan være lavere enn eiendomsskatten, uavhengig av hvem som faktisk betaler denne. EMD har ikke kommentert betydningen av at det her foretas en sammenlikning mellom to proSENTsatser med ulikt beregningsgrunnlag. EMDs sammenlikning kan dermed være noe misvisende. Når EMD flere ganger har vist direkte til eiendomsskatten i prosent ved vurderingen av festeavgiftens størrelse, er det likevel naturlig å legge dette til grunn som en retningslinje for festeavgiftens nedre grense ved vurdering av kontrolltiltak etter EMK P1-1.

Praksis synes også å forutsette et *visst profittelement* over disse minimumskravene. Fortjenesten trenger imidlertid ikke være god, eller å tilsvare markedsnivået ved fri fastsettelse. I det påfølgende avsnitt vil jeg forsøke å fastlegge nivået for hva som utgjør en «decent profit» for bortfester noe nærmere.

5.5.3 Lovinngrep i bortfesteres forventning om en rimelig avkastning av tomteverdien – særlig om festerenten

Kravet til en «decent profit» vil kunne være relativt etter hvilken forventning bortfester kan bygge på avtalen. Her behandles situasjonen der festeavgiften uten lovgivers inngrep ville blitt beregnet etter tomteverdien og det alminnelige rentenivå. Lovgivers inngrep måles da

²⁹⁴ Avsnitt 40.

mot den festeavgift som ville gitt bortfester en rimelig avkastning.²⁹⁵ «Decent profit» ligger under dette nivået, og vil påvirkes av festeavgiftens størrelse etter kontrakten. Domstolenes rentefastsettelse har vært kritisert for å gi en for høy avkastning ut fra økonomiske beregningsprinsipper. Det som skal undersøkes er imidlertid hva som kan anses å utgjøre en rimelig avkastning for bortfester, som vurderingsgrunnlag for *lovgivers* adgang til å gjøre inngrep i festeavgiftens størrelse.

For å kunne vurdere hva som er en korrekt beregning av festerenten, er det nødvendig å ha en grunnleggende forståelse for hva renter normalt er vederlag for. Renter består av flere komponenter, og som vil variere med den konkrete investeringen. Fra kreditors synspunkt, vil renten typisk være vederlag for følgende forhold:²⁹⁶

- 1) Avståelse av disposisjonsretten for kapitalen
- 2) Inflasjon
- 3) Usikkerhet
- 4) Administrasjonskostnader

Når det skal vurderes hvilken avkastning som er rimelig må det foretas en sammenlikning med renter på andre investeringer. Festerenten skal avspeile en «noenlunde risikofri avkastning».²⁹⁷ I rettspraksis er det vanlig å anvende statsobligasjoner som sammenlikningsgrunnlag, men det vises også til bankrenter på spesielle vilkår.²⁹⁸

Den sosialøkonomiske teoris hovedkritikk mot beregningen av festerenten er at bortfesteres avkastning er for høy, som følge av at inflasjonens påvirkning ikke er korrekt hensyntatt.²⁹⁹ Økonomene har sett dette som et spørsmål om hvilken type rente som skal anvendes ved beregningen, nominell rente eller realrente. *Nominell rente* inneholder en kompensasjon for inflasjon. *Realrente* er en samlebetegnelse på de resterende komponentene av renten, som ikke gjelder inflasjon, og beregnes ved inflasjonsjustering av nominelle rentesatser.³⁰⁰ Etter

²⁹⁵ Se fremstillingen av beregningen av festeavgiften etter tomteverdi i punkt 2.4.2.

²⁹⁶ Bygger på Eide (1984) s. 499.

²⁹⁷ Bortfester får ved tinglysning pant i bebyggelsen og i festeretten, jf. tfl. § 14.

²⁹⁸ Se Rt-2005-1202 (Falkum) avsnitt 29.

²⁹⁹ Se Eide (2004).

³⁰⁰ For små tall er renten tilnærmet nominell rente fratrasket prisstigning (eks. $5 - 2,5 = 2,5$). Den nøyaktige sammenhengen er imidlertid litt mer komplisert (nominell rente = realrente + prisstigning + realrente * prisstigning).

min mening er det ikke hensiktsmessig å drøfte inflasjonsspørsmålet ut fra nominell rente og realrente. Spørsmålet fra en juridisk synsvinkel er om det er *rimelig* at festerenten inneholder en slik komponent eller ikke. Det er i denne forbindelse at økonomiske beregningsprinsipper er relevante. Jeg vil derfor drøfte spørsmålet ut fra en mer juridisk synsvinkel, som er noe friere enn det som fremkommer av den sosialøkonomiske teorien.

Problemet med å anvende nominelle renter, som bankrente og statsobligasjonsrente, som sammenlikningsgrunnlag ved fastsettelse av festerenten er at investeringsobjektene grunnleggende sett er ulike. For å forstå dette, er det nødvendig å først si noe generelt om forskjellen på investering av kapital i form av penger og realkapital i form av fast eiendom.³⁰¹ Som illustrasjon vil jeg bruke statsobligasjoner og festetomter.

En investert *pengesum* vil reduseres av inflasjon. Avkastningen av investeringen må derfor også kompensere investoren for et slikt tap. Der investeringsobjektet er en *realverdi*, som en festetomt, vil ikke denne reduseres av inflasjon. Det er tvert i mot sannsynlig at eiendommen vil stige i verdi i løpet av festetiden, både som følge av inflasjon og annen verdiøkning. Spørsmålet for investoren vil da være i hvilken grad han kan sikre seg avkastning også av verdistigningen på investeringsobjektet.

Stigning i tomteverdien sikrer grunneier seg normalt ved å avtale regulering etter råtomtverdien. Reguleringsintervallene bestemmer hvor stor del som tilfaller henholdsvis bortfester og fester. Er det regulering hvert 10. år vil en viss del av verdistigningen tilfalle fester etter avtalen.

Inflasjon kan kompenseres på flere måter. Statsobligasjonsrenten kompenserer både for fall i verdi av den opprinnelig investerte pengesummen, og for fall i verdien på avkastningsbeløpet selv. Fallet på avkastningsbeløpet kan imidlertid alternativt sikres gjennom en indeksregulering.³⁰² For festetomter er det vanlig å innta en klausul om regulering etter KPI med visse mellomrom. Ettersom verdien av festetomten ikke reduseres gir dette bortfester full kompensasjon for nominell endring av tomtens verdi, beroende på reguleringsintervallet som typisk vil være mellom ett og 10 år.

ning). Den nominelle renten er dermed noe større enn summen av realrenten om inflasjonen. Ved bruk av regjeringens inflasjonsmål er det imidlertid uproblematisk å begrene realrenten. Se Eide (1987) s. 500.

³⁰¹ Se Eide (1984) for en generell gjennomgang av rentespørsmålet. Særlig relevant er s. 509-510 og 512.

³⁰² Se *ibid.* s. 478.

Jeg vil forsøke å illustrere dette med et eksempel. Hvis en *pengesum* på kr 200 000 investeres i år 1, blir en avkastning på 5 prosent kr 10 000. År 2 er grunninvesteringen redusert til kr 195 000 (200 000 - 2,5 prosent inflasjon). Avkastningen vil fortsatt være kr. 10.000, selv om verdien av det opprinnelige avkastningsbeløpet ville vært kr 10 250 (10 000 + 2,5 prosent inflasjon). Her må både reduksjonen i grunninvesteringen og avkastningsbeløpet som følge av inflasjonen kompenseres hvis investor ikke skal komme dårligere ut realøkonomisk. Hvis en *tomt* med verdi kr 200 000 festes bort, får bortfester i år 1 avkastning på kr. 10.000 ved 5 prosents rente. År 2 er tomteverdien blitt kr 205 000, som følge av inflasjonen (200 000 + 2,5 prosent inflasjon). En rente på 5 prosent av det oppjusterte beløpet gir da festeavgift på kr 10 250 (205 000 x 0,05). Dersom den opprinnelige festeavgift på kr 10 000 isteden indeksreguleres, vil tallet bli det samme, kr 10 250. Det er da lett å se at indeksregulering av festeavgiften kompenserer fullt ut for inflasjonen på tomten.

Hvis det tas utgangspunkt i statsobligasjonsrenten som sammenlikningsgrunnlag for festerenten vil bortfester etter dette kompenseres for *mer* enn det faktiske fallet i pengeverdien, både gjennom indeksregulering og inflasjonskomponenten i renten. Dette har i teori og rettspraksis vært omtalt som en dobbeltkompensasjon.³⁰³ Hvor stor overkompensasjonen blir, beror på reguleringsintervallet.

Spørsmålet er om det vil gi en *rimelig avkastning* å gi bortfester dobbeltkompensasjon for inflasjon. For å undersøke dette, er det naturlig å gjennomgå de foreliggende kilder.

Gjeldende tomtfestelov gir ingen veiledning. Bestemmelsen om førstegangsfastsettelse i 1975-loven § 13 inneholdt en henvisning til det alminnelige rentenivået. Forarbeidene behandler ikke uttrykkelig spørsmålet om inflasjon, men det uttrykkes under lovarbeidet med gjeldende tomtfestelov at man ikke ønsket en bestemmelse tilsvarende § 13, fordi verdsettelsesmåten hvor man skulle finne frem til en «rimelig realavkastning av verdien av festetomta» medførte mange problemer.³⁰⁴ Realavkastning kan defineres som oppnådd nominell avkastning (inkludert kompensasjon for inflasjon), nedjustert for inflasjon.³⁰⁵

Høyesterett har behandlet spørsmålet om dobbeltkompensasjon i Rt-2004-181 (Førde). Saken gjaldt bortfeste til næringstomt hvor det skulle skje en førstegangsfastsettelse etter avtalen ved forhandling. Selv om saken gjelder fastsettelse av festeavgift etter kontrakten, kan saken gi veiledning for hva som ligger i rimelig avkastning. Spørsmålet i saken var om den festeavgift lagmannsretten hadde fastsatt bygget på en uriktig rettsanvendelse, ved at renten inneholdt et inflasjonselement samtidig som kontrakten fastsatte at festeavgiften hvert 5. år

³⁰³ Rt-2004-181 avsnitt 30.

³⁰⁴ Ot.prp.nr.28 (1995-1996) s. 15 flg.

³⁰⁵ Se Finansleksikon.no.

skulle kunne reguleres etter konsumprisindeksen. Dette ville føre til en kompensasjon utover det inflasjonen tilsier. Førstvoterende la vekt på tomtfestelovene av 1975 og 1996, deres forarbeider, samt avtalefriheten på området, og kom til at det ikke kunne kreves bruk av realrente. Retten anså det som opp til avtalepartene å forhandle seg frem til festerenten. Dommens sentrale avsnitt lyder:

«Selv om festeavgift fastsatt etter nominell rente i kombinasjon med en bestemmelse om oppjustering i samsvar med inflasjonen, ut fra en økonomisk betraktning innebærer en såkalt dobbeltkompensasjon, finner jeg ikke grunnlag for å slå fast at riktig rettsanvendelse ville være å bruke en realrente som festerente ved første gangs fastsettelse av festeavgiften. Som jeg har pekt på, er det ikke støtte i lov eller forarbeider for dette syn, og det ville innebære et markant brudd på praksis på dette området, der det er avtalefrihet og der markedet således er bestemmende for festeavgiftene.»³⁰⁶

Eide har stilt seg kritisk til at det ikke er støtte i forarbeidene for bruk av realrente, under henvisning til at festeavgiften skal utgjøre en «realavkastning».³⁰⁷ Han peker på at uttalelsen fremkommer i tilknytning til en bestemmelse som ikke ble foreslått inntatt i den nye tomtefesteloven. Inflasjonen ble heller ivaretatt gjennom en generell adgang til KPI-regulering for alle festekontrakter i tfl. § 15. Det forhold at en inflasjonsregulering kombinert med en nominell festerente vil gi dobbel inflasjonskompensasjon er ikke drøftet i forarbeidene. Eide uttaler at «den gjentatte understrekningen i rettskildene av at bortfester skal ha en rimelig avkastning kan vanskelig tolkes dit hen at bortfester skal kunne få en dobbel kompensasjon for forventet inflasjon.»³⁰⁸

Det at Høyesterett ikke ville kreve bruk av realrente i Førde-saken kan ikke tolkes slik at inflasjonsspørsmålet er avgjort der problemstillingen er hvilken adgang *lovgiver* har til å gjøre inngrep i avtalen, i motsetning til en tolking av festeavtalens egne bestemmelser. Lovgiver er ikke bundet av tidligere praksis på samme måte som domstolene. Førde-saken må med andre ord tolkes i lys av arbeidsfordelingen mellom lovgiver og domstolene generelt, og kompetansen i skjønnsaker spesielt. Et overskjønn kan kun ankes over feil i rettsanvendelsen

³⁰⁶ Avsnitt 44.

³⁰⁷ Eide (2004) s. 11.

³⁰⁸ L.c.

eller saksbehandlingen.³⁰⁹ Prøvingstemaet var dermed om lagmannsrettens rettsanvendelse var uriktig. Dommens premisser forutsetter at det er opp til partene å avgjøre om det skal benyttes en realrente eller en nominell rente. Ved en eventuell tvist om beregningen tilsier forutberegnelighetshensyn at normal praksis legges til grunn. Det ville derfor vært vanskelig for Høyesterett å konstatere at lagmannsretten hadde tolket avtalen feil ved å anvende nominelle rentesatser som sammenlikningsgrunnlag.

Høyesterett har etter dette ikke tatt stilling til om forskjellen i inflasjon på grunninvesteringen gir en dobbeltkompensasjon som medfører at festeavgiften ikke er rimelig. Enkelte lagmannsrettsavgjørelser har også berørt spørsmålet, eksempelvis Agder lagmannsretts overskjønn LA-2006-127471, LA-2007-110858 og LA-2008-76582. Avgjørelsene er konkret begrunnet, og ikke fulgt opp i senere praksis.

Rt-2001-149 kan gi en viss veiledning. Førstvoterende uttalte at det var «feil rettsanvendelse å se hen til festearealet og den konkrete bruken av det ved fastsettelsen av feste-enten når dette allerede er hensyntatt ved fastsettelsen av tomteverdien».³¹⁰ Formålet kunne ikke vektlegges dobbelt. At dette poeng ikke ble hensyntatt i Førde-saken kan etter min mening ikke ha avgjørende betydning. Det gir dårlig sammenheng om det ikke kan aksepteres at formålet vektlegges dobbelt, mens det skal gis dobbeltkompensasjon for inflasjon.

En gruppe professorer i økonomi fra Norges Handelshøyskole (NHH) har uttalt at realavkastningen på andre sikre investeringsobjekter tilsier at *avkastningen på feste er for god* til at den kan begrunnes, sammenliknet med realavkastningen fra andre investeringer.³¹¹ Til illustrasjon investerer Oljefondet i obligasjoner, aksjer og fast eiendom. Fondet regner med en langsiktig realavkastning på 4 prosent for fondet totalt. For obligasjoner, som anses å ha lavest risiko, forventes en langsiktig realavkastning på 2,5 prosent. Bankinnskudd har til sammenlikning en forventet realavkastning før skatt på 1-1,5 prosent. Realavkastningen på festeavtaler ligger dermed langt over det som er en realavkastning på andre investeringer. Det virker lite sannsynlig at en alminnelig bortfester skal kunne oppnå større avkastning på en alternativ investering enn profesjonelle forvaltere i Statens pensjonsfond. Professorene har derfor

³⁰⁹ Skjønnsprosessloven § 38.

³¹⁰ Side 156.

³¹¹ Høringsuttalelse fra NHH tilknyttet NOU 2013:11.

uttalt at det «burde være åpenbart at rentesatsen som legges til grunn ved fastsettelse av festeavgiften bør reduseres til 2,5 prosent eller lavere for kontrakter med indeksregulering».³¹²

Etter at loven har innført KPI-regulering som en generell hovedregel vil det bare være de avtaler hvor det «tvillaust» er avtalt annen regulering, eller at ingen regulering skal skje, som ikke er underlagt indeksregulering. At inflasjonen ikke skal kompenseres vil da imidlertid etter min mening følge av avtalen selv, og det er derfor ingen grunn til å særbehandle disse tilfellene. At renten ikke burde inneholde en inflasjonskomponent for å gi rimelig avkastning gjelder dermed for alle avtaler, uavhengig av om de gir adgang til indeksregulering.³¹³

En rekke argumenter trekker etter dette i retning av at feste gir en unødvendig god realavkastning av festetomten. Dette tilsier at festerenten ikke må gi dobbelkompensasjon for inflasjon til bortfester, men at realrente kan benyttes.

Rettstekniske hensyn trekker i samme retning. Når inflasjonen er kjent, er det enkelt å beregne realrenten.³¹⁴ Det er naturlig å ta utgangspunkt i regjeringens inflasjonsmål på 2,5 prosent. Å forutse påregnelige renteendringer er like vanskelig uansett om det er snakk om en nominell eller en realrente. Hylland har imidlertid uttalt at det er «dekning for å si at realrenten på lang sikt er mer stabil enn den nominelle renten», og derfor noe lettere å forutsi.³¹⁵ Hvis renten ikke inneholder en inflasjonskompensasjon vil heller ikke spørsmålet om dobbelkompensasjon oppstå ved indeksregulering. Indeksreguleringens hyppighet følger av avtalen, og det er ikke nødvendig at alle skal få full uttelling for endringen i pengeverdien når forskjellen er et resultat av avtalen.

Etter drøftelsen over er det vanskelig å se noen gode grunner for at bortfester skal kompenseres for *mer* enn det er påregnelig at pengeverdien reduseres. Det naturlige utgangspunkt er heller motsatt – at dobbelkompensasjon gjennom nominelle renter *ikke* er nødvendig for å gi bortfester en rimelig avkastning. Min konklusjon er derfor at det for vurderingen av hva som gir bortfester en rimelig avkastning av tomteverdien når *lovgivers inngrepsadgang* skal fastlegges, benyttes rentesatser hvor inflasjonskomponenten er trukket fra ved sammenlikningen med andre sikre investeringer. Utgangspunktet for lovgivers inngrepsadgang er

³¹² Høringsuttalelse fra NHH tilknyttet NOU 2013:11 s. 3.

³¹³ I samme retning trekker betraktninger gjort ved fastleggelse av kalkulasjonsrenten i NOU 2012:16 *Samfunnsøkonomiske analyser*. Her er det fastsatt en riskofri rente på 2,5 prosent.

³¹⁴ Hylland (1995) s. 43.

³¹⁵ L.c.

dermed ikke høyere enn 2,5 prosent, vurdert ut fra en festerente på 5 prosent. Med dagens lave rentesatser vil festerenten kunne være lavere.

Det er nødvendig å legge til at den konkrete vurderingen av risikoen ved lange reguleringsintervaller vil kunne medføre et påslag til renten.³¹⁶ For potensielt evigvarende reguleringsintervaller kan risikoen bli betydelig, uten at denne størrelsen vil kvantifiseres nærmere.

5.5.4 Fordeling av verdiøkning på festetomten

Avhandlingen har vist at festeavgiften etter EMK P1-1 skal gi bortfester en «decent profit». Dette nivå skal gi en «fair balance» mellom de sosiale og økonomiske byrdene i festeavtalen. Bortfesteres forventinger etter festeavtalen er da av stor betydning. Det legges til grunn at avtalen viser til regulering av festeavgiften etter tomteverdien. Ytterpunktene ligger da et sted mellom situasjonen der bortfester ikke får noen som helst fortjeneste på festeforholdet, og der han får en rimelig avkastning av de verdier tomten representerer.³¹⁷

Problemstillingen som skal undersøkes er hvor stor fordeling av verdiøkningen lovgiver kan foreta, og samtidig ivareta bortfesteres krav på en «decent profit». Dette vil bero på om bortfester pålegges en 'uforholdsmessig og overdreven byrde' ved å måtte gi fra seg den aktuelle del av verdistigningen. Omfordeling av verdistigningen må med andre ord være tilstrekkelig begrunnet.

Før jeg undersøker retningslinjene for hvilken fordeling av verdistigningen som kan anses rimelig, er det nødvendig å se nærmere på hva verdistigning på festetomten egentlig er.

Tomtens verdi er antatt salgsspris for den aktuelle tomten blant vanlige kjøpere. «Verdistigning» er et samlebegrep for en rekke verdiøkende elementer, og betegner at kjøpere ønsker å betale en høyere pengesum for tomten sammenliknet med et gitt referansepunkt. Det bør sondres mellom to prinsipielt ulike kategorier av verdistigning. *Nominell verdistigning* på tomten skyldes reduksjon i pengeverdien.³¹⁸ Denne må tas i betraktning hvis grunneier skal få de samme realverdier som han hadde tidligere. Det er i dag bred enighet om at bortfester har krav på kompensasjon for inflasjon. Det er *realverdistigningen* på tomten som er interessant her.

³¹⁶ Se om beregningen av festerenten under punkt 2.4.3.

³¹⁷ Se om «decent profit» under punkt 5.5.2.

³¹⁸ Fleischer (1978) s. 138.

I festeforhold kan realverdistigning særlig skyldes fem forhold. For det første kan *bortfesterens tiltak* ha gitt verdiøkning. Bortfester kan eksempelvis ha bekostet vann, vei eller kloakk mens festeforholdet har løpt. For det andre kan *festerens tiltak* ha gitt verdiøkning. Det er i mange tilfelle fester som bekoster infrastruktur som nevnt, eller foretar andre forbedringer som graving, sprengning og utfylling på tomten. For det tredje kan *andre privates tiltak* i området medføre verdistigning. Bortfester har eksempelvis festet bort tomter i et hyttefelt, hvor festernes felles aktivitet tilfører verdi utover det som kan tilbakeføres til den enkelte festers tiltak. For det fjerde kan verdistigning følge av *offentlige tiltak*.³¹⁹ Hva folk er villige til å gi for en tomt vil bero på hvilke goder som oppnås, og hvilke utgifter som følger med. Her følger infrastruktur, avstand til nærmeste by, skoler, universiteter og alt annet som i vid forstand betegnes som stedets attraktivitet. Verdistigning kan også skyldes nye reguleringsplaner som gir økt eller alternativ utnyttelse av arealet. For det femte kan *samfunnsutviklingen i sin alminnelighet* ha gitt verdiøkning på tomten.³²⁰ Dette er verdistigning som ikke direkte skyldes statens, kommunens eller fylkets investeringer. I denne gruppen kommer økningen i levestandard og realinntekt, samt befolkningsvekst som øker etterspørselen etter tomter. Særlig stor har utviklingen i etterspørselen vært for fritidstomter, som kanskje tidligere var tilnærmet verdiløse. I motsetning til andre goder som etterspørres kan det normalt ikke produseres mer grunn.³²¹ Verdistigning vil derfor også kunne skyldes fortetting i området, samt økning i etterspørsel til næring og andre formål, som bidrar til å gjøre tomtegrunn til et knapphetsgode.

Jeg vil i det videre vurdere i hvilken grad lovgiver kan fordele de enkelte komponenter i verdistigningen mellom partene uten at bortfester fratas en «decent profit».

Etter avtalen skal bortfester ta del i verdistigning gjennom festeavgiften utover det som direkte kan henføres til festerens tiltak. Dette gjelder også den alternative utnyttelse av tomten som skyldes samfunnsutviklingen i sin alminnelighet. Dette følger av prinsippene for verdsettelse av råtomtverdien, redegjort for ovenfor.³²² Det samme følger av ekspropriasjonsrettslige prinsipper. At en alminnelig *tolkning* av avtalen gir bortfester en betydelig andel av verdistigningen, er imidlertid ikke nødvendigvis avgjørende for lovgivers adgang til å gripe

³¹⁹ Fremstillingen av årsaken bygger på Fleischer (1978) s. 139.

³²⁰ Ibid. s. 139-140.

³²¹ Fleischer (1978) s. 140 peker på unntak som utfylling av vannområder, og bygging i flere etasjer.

³²² Se punkt 2.4.2.

inn i avtalen. Spørsmålet her er hvor stor del av det som etter avtalen rettmessig skal tilfalle bortfester lovgiver kan omdisponere til festeren uten å komme i konflikt med EMK P1-1.

Der verdistigningen skyldes bortfesterens eget tiltak, vil det være naturlig at denne tilfaller ham. Begrunnelsen er den samme som at verdistigningen som skyldes festers tiltak skal falle utenfor etter avtalerettslige og ekspropriasjonsrettslige prinsipper. Det problematiske er hvem som skal få glede av verdistigningen som ikke skyldes egne investeringer, men andre private, det offentlige eller samfunnsutviklingen generelt.

Eierposisjonen taler for at verdistigningen som ikke direkte skyldes fester tildeles grunneier. Dette bygger på det prinsipielle syn på eiendomsretten i samfunnet. Tradisjonelt har det vært lagt til grunn at all verdistigning på fast eiendom tilfaller grunneier. Lar en grunneier tomten ligge brakk, vil han automatisk få prisstigningen ved et senere salg. Verdistigningen kan eksempelvis skyldes at en by i nærheten har vokst, og dermed gjort området mer attraktivt. På den annen side er det gjerne en *kombinert innsats* i området som er grunnen til verdistigningen, og da særlig mellom private og det offentlige. Verdien vil da bli mye høyere enn om tomten hadde ligget brakk, uten at bortfester har bidratt med mer enn å stille tomten til disposisjon. Dette kan tilsi at festeren får en del av verdiøkningen utover det som direkte kan tilbakeføres til festerens tiltak.

En utbredt oppfatning om at *grunnrenten* på begrensede ressurser burde komme fellesskapet til gode, tilsier også at den verdistigning som skyldes samfunnsutviklingen i sin alminnelighet kan omfordeles av lovgiver.³²³ Denne kan grunneier ellers tilegne seg uten egen innsats. Dette er bakgrunnen for innføring av grunnrenteskatt på utnyttelse av naturressurser. På den annen side har det ikke vært vanlig å omfatte tomter til alminnelig bolig- og fritidsbruk når det vises til begrensede ressurser. Etter min mening taler likevel grunnrentesynspunktet for at lovgiver må ha en viss anledning til å omdisponere samfunnsmessig verdistigning.

Fremstillingen viser etter dette at selv om en fordeling av verdistigningen ved sortering av ulike komponenter virker som en god tilnærming i teorien, så vil dette være vanskelig i praksis. Vurderingen må baseres på en rekke usikre verdsettelse, og den endelige fordelingen vil i stor grad avhenge av politikk. Spørsmålet er om det er mulig å finne fastere retningslinjer for hva som gir et rimelig balansepunkt mellom partene.

³²³ Grunnrente er den inntekt man kan få av å eie jord og andre naturherligheter som skog, fosser m.m. Grunnrenten refererer seg egentlig til grunnen slik den ligger fra naturens hånd, men det er ofte ikke mulig å skille denne fra den rene grunnverdi. Store norske leksikon (2014).

I Lindheim-saken ble det uttalt at tfl. § 33 medførte at all realverdiøkning på tomten tilfalt fester. Det kan derfor legges til grunn at en slik fordeling neppe vil aksepteres av EMD.

Som nevnt under behandlingen av formålet ovenfor, må det likevel legges til grunn at bortfester må akseptere at lovgiver omfordeler betydelige deler av verdistigningen på tomten til fester.³²⁴ I *Mellacher m.fl. mot Østerrike* (1989) aksepterte domstolen store reduksjoner i forhold til markedsleien som følge av husleiebegrensninger. Det ble hevdet at reduksjonen utgjorde over 80 prosent for to av klagerne. EMD erkjente at reduksjonen var påfallende stor.³²⁵ Ettersom det var mulig å skyve kostnader over på leietakerne ble muligheten for utleier til å oppnå en viss profitt likevel ansett avgjørende, og det forelå ikke en krenkelse. Avgjørelsen er imidlertid av eldre dato, sett hen til at vernet har utviklet seg ganske betydelig siden 80-tallet.

I en nyere avgjørelse, *Bittó m.fl. mot Slovakia* (2014), medførte husleierestriksjoner at klagerne kun fikk 14 prosent av markedsrente i 2010, justert til rundt 19 prosent i 2012. Det var utsikter til videre økninger fremover. Leieinntekten ble likevel ansett så lav at inngrepet overfor bortfester ble ansett konvensjonsstridig.³²⁶ Avgjørelsen er spesiell og gir sparsom veiledning, men kan tyde på at det vanskelig kan aksepteres at markedsrenten reduseres med over 80 prosent. Beregnet fra en festerente på 5 prosent vil en 80 prosents reduksjon gi en festerente på 1 prosent.

EMDs praksis gir etter dette en viss veiledning, men formålet bak inngrepene var her svært tungtveiende og har dermed en begrenset rekkevidde.

Høyesterett har uttalt seg om hva som vil gi en rimelig fordeling av verdistigningen ved *innløsning* i Rt-1990-284 (Selsbakk). Synspunktene kan etter min mening ha argumentasjonsverdi også for fordeling av verdistigningen gjennom løpende festeavgift.³²⁷

I Selsbakk-saken hadde bortfester i festeavtaler til bolighus fra 1960-tallet betinget seg rett til å pålegge fester innløsningsplikt til markedspris. I ettertid ble det innført et generelt forbud mot slike innløsningsklausuler, videreført i tfl. § 35. Eldre avtaler skulle likevel gjelde «dersom det etter tilhøva ville vere urimeleg andsynes bortfestaren ikkje å kunne krevje innløsning». Forbudet var innført som følge av den sterke prisstigningen i pressområdene rundt

³²⁴ Se punkt 5.3.1.

³²⁵ Solheim (2010) s. 86.

³²⁶ Se avsnitt 112.

³²⁷ Dette støttes av NOU 2013:11 s. 58-59. Likedelingsmodellen er inspirert av Rt-1990-284 (Selsbakk).

byene. Førstvoterende uttalte uttrykkelig at han ville komme med retningslinjer om urimelighetsvurderingen utover det spørsmål saken gjaldt. Retningslinjene er *obiter dicta*, men må antas å være veloverveid. Stigningen i tomteprisen som avspeilet fallet i kronens verdi skulle «aldri» fordeles mellom partene.³²⁸ I *pressområder* ble det lagt til grunn at delingsnormen som ville gi en rimelig fordeling av verdistigningen mellom partene var at bortfester måtte «avstå *halvparten* av realverdistigningen» om han vil kreve tomten innløst (min kursivering).³²⁹ Dette ble ansett som omfordeling av en «meget stor del» av verdistigningen. *Utenfor pressområder* ble det lagt til grunn at det ville være urimelig om ikke avtalen kunne gjennomføres etter sin ordlyd. Denne prisstigningen lå «ikke utenfor hva festeren måtte være forberedt på, og med rimelighet bør kunne mestre når bortfesteren krever innløsning».³³⁰ Høyesterett nyanserte dermed fordelingen etter verdistigningens årsak og størrelse. Festerne anførte revisjon etter avtl. § 36, men fikk ikke medhold av flertallet (dissens 9-8). Mindretallet fant grunnlag for revisjon, og benyttet de nevnte fordelingsprinsipper til å redusere innløsningsbeløpet. Fordelingsmekanismen ble senere inntatt i tfl. § 36 annet ledd, men ble endret i 2004.³³¹

I RG-2010-1521 (Pineberg) anvendte Frostating lagmannsrett en strengere fordelingsnorm. Synet på urimelighet i tfl. § 35 kunne ikke være «upåvirket av utviklingen de senere år», jf. særlig prisutviklingen i pressområdene og at lovgiver hadde styrket boligfesteres posisjon. Førstvoterende uttalte:

«Med den utvikling som har vært etter Selsbakk-dommen i 1990 vil det heller ikke være rimelig å anvende verdifordelingen i denne avgjørelsen og se bort fra at lovgiver senere har innført en fordelingsregel som forskyver balansepunktet til 40 prosent av råtomtverdi ved innløsning av tidsbestemte kontrakter. Dette verdsettingsprinsipp [...] gir etter lagmannsrettens syn uttrykk for hva som i dag må betraktes som en *rimelig avveining* av partenes interesser» (min kursivering).

Som sitatet viser, innebærer 40 prosent-regelen at det ikke bare er realverdistigningen som fordeles mellom partene, slik som i Selsbakk, men den beregnede råtomtverdien i sin helhet. Dette kan utgjøre en vesentlig forskyvning av den balanse som ble angitt i Selsbakk-saken, hvor det kun var snakk om en fordeling av realverdistigningen for tomter i pressområder. For

³²⁸ Side 293.

³²⁹ Side 294.

³³⁰ Side 293.

³³¹ NOU 2013:11 s. 59.

enkelte kontrakter er det ikke nødvendigvis slik at dette vil innebære en veldig stor endring, ettersom tomteprisene har steget kraftig i løpet av de siste hundre år.

Det foreliggende kildemateriale tilsier at en fordeling hvor bortfester må gi fra seg 60 prosent av råtomtverdien kan være rimelig. Selv om en fast delingsnorm kan fungere som et utgangspunkt, er det likevel viktig å presisere at i hvilken grad lovgiver har ønsket å styrke boligfesteres posisjon ikke nødvendigvis vil være avgjørende i proporsjonalitetsvurderingen etter EMK P1-1. Det kan derfor spørres om synet på hva som utgjør en rimelig balanse må justeres noe tilbake siden Lindheim-saken. Annen praksis fra EMD trekker imidlertid i retning av at relativt store omfordelinger etter forholdene vil kunne aksepteres etter EMK P1-1. Det er etter dette ikke holdepunkter for å falle ned på et «korrekt» delingsforhold ut fra det foreliggende kildemateriale. Det må likevel kunne antas at en likedeling av verdistigningen ligger godt innenfor konvensjonens krav.

5.5.5 Sammenfatning – retningslinjer om festeavgiftens størrelse

For å sammenfatte retningslinjene etter EMDs praksis, kan lovgiver ikke gjøre så store inngrep at bortfester ikke får en «decent profit» av festeforholdet. Ved vurdering om festeavgiften gir slik adekvat profitt, er ytterpunktene at bortfesteren ikke skal tape på festeforholdet, men han har heller ikke krav på avkastning beregnet etter markedsverdi til enhver tid. Det må aksepteres en viss deling av verdiøkningen på tomten.

Når grensene for lovgivers inngrep vurderes må lovgiver i mindre grad enn domstolene være ansett bundet av tidligere praksis. Kritikk fra økonomisk hold gir grunnlag for å nedjustere synet på hva som gir en rimelig avkastning av festeforholdet, og dermed hva som er målestokken når avviket skal vurderes. Som nevnt ovenfor, vil en nominell rente på 5 prosent gi en rimelig avkastning på 2,5 prosent, forutsatt regjeringens inflasjonsmål.³³² Med dagens lave statsobligasjonsrenter vil imidlertid festerenten før et risikopåslag kunne bli mye lavere. Bankinvesteringers realavkastning er som nevnt nede på 1-1,5 prosent før skatt. EMDs henvisning til eiendomsskattenivået på maksimalt 0,7 prosent tilsier også at relativt lave prosentsetser vil kunne aksepteres om formålet er tilstrekkelig tungtveiende.

Som følge av drøftelsen over er det grunnlag for å anta at EMD normalt vil kunne akseptere lovinngrep som gir en festeavgift på mellom 1-2 prosent av råtomtverdien. Dette er *min* antakelse basert på tidligere slutninger. Ettersom festeavgiften vurderes konkret, er det

³³² Punkt 5.5.3 om festerenten.

naturligvis umulig å etablere en absolutt grense. Men antakelsen om kravet til profittens størrelse kan likevel gi en indikasjon på lovgivers handlingsrom.

5.6 Bortfesters «legitimate expectations»

5.6.1 Innledning

Bortfesters berettigede forventninger kan ha sentral betydning i proporsjonalitetsvurderingen. Solheim har uttalt at EMD ofte konstaterer brudd på EMK P1-1 dersom det foreligger «legitimate expectations», og motsatt der dette ikke foreligger.³³³

Hva som ligger i uttrykket «berettigede forventninger» er ikke klart. Høgbergs uttalelser om berettigede forventninger i relasjon til grl. § 97 kan her gi veiledning. Høgberg legger til grunn at begrepet omfatter «den forutberegnelighet den enkelte med rimelighet kan forvente av lovgivningen».³³⁴ I dette ligger etter omstendighetene at lovgivningen ikke vil gripe inn en avtale. Hun utleder videre at berettigede forventninger ikke vil være helt sammenfallende med subjektets personlige forventninger og forutsetninger.³³⁵ Derfor kan som utgangspunkt ikke «håp, ønsker eller tro» tillegges betydning.³³⁶ Dette fremkommer for EMK P1-1 av *Prins Hans-Adam II av Liechtenstein mot Tyskland* (2001) hvor håp om å få et maleri tilbake ikke var en berettiget forventning.³³⁷ Som retningslinje ved vurderingen kan det spørres hva en alminnelig fornuftig person kan forvente ut fra loven og rettstilstanden forøvrig.³³⁸ Etter min vurdering gir dette et godt utgangspunkt.

I dette avsnittet vil bortfesters forventninger basert på avtalen behandles. *Avtaler* utgjør et særlig grunnlag for etablering av berettigede forventninger.³³⁹ Deretter vil jeg undersøke hvorvidt lovgivning, langsiktigheten i kontraktsforholdet, og av at det er skjedd eierskifte på tomten kan svekke eller styrke partenes avtalebaserte forventninger.

³³³ Solheim (2010) s. 99.

³³⁴ Høgberg (2010a) s. 342. Vurderingen er relatert til grl. § 97, men det ses hen til både EU- og EMK-rett. De uttalelser som fremkommer om berettigede forventninger kan ha en generell rekkevidde, og vil anvendes som veiledning for vurderingen av EMK P1-1 i det videre.

³³⁵ Ibid. s. 343.

³³⁶ L.c.

³³⁷ L.c.

³³⁸ Høgberg (2010a) s. 343-344 uttaler at en slik innfallsvinkel som stammer fra EF-retten langt på vei vil sammenfalle med en vurdering av hva rettssubjektet med rimelighet kan forvente av rettstilstanden.

³³⁹ Ibid. s. 344.

5.6.2 Forventninger basert på avtalen

Utgangspunktet må tas i partenes forventninger på avtaletidspunktet. Bortfesteren har normalt en forventning om at lovgiver respekterer inngåtte kontrakter. Dette er en berettiget forventning, ettersom den springer ut fra både det eksisterende rettssystem og generelle oppfatninger i samfunnet om at avtaler skal holdes.³⁴⁰

EMD tok utgangspunkt i avtalen i Lindheim-saken. Det er likevel ikke enkelt å fastlegge hvilken vekt som faktisk ble tillagt bortfesters forventninger etter denne.

Selv om det ikke fremkommer av Lindheim-sakens premisser, må det antas at det kan skilles mellom hvor *klart* bortfesters forventninger kan bygges på avtalen. En slik holdning kan gjenfinnes i Høyesteretts argumentasjon i Øvre Ullern-saken. I en sammenlikning av situasjonen etter tfl. § 15 annet ledd nr. 2 uttalte førstvoterende at der bortfesters forventning kan bygges på en klar avtale kan det «anføres saklige grunner for å stille disse festeavtalene i en viss særstilling ved adgangen til å regulere festeavgiften. Grunnlaget er nettopp at regulering i henhold til tomteverdi her er kommet direkte til uttrykk og derfor har skapt en sikrere og mer nærliggende forventning om regulering på et slikt grunnlag».³⁴¹ Uttalelsen tilsier at en avtalebasert forventning vil bero på hvor *klart* denne kan bygges på avtalen. Dette er etter mitt syn godt begrunnet. Er det en klar klausul som gir grunnlag for regulering etter tomteverdi ved regulering i avtaletiden eller ved forlengelse, må denne anses å gi bortfester rimelig sterke, berettigede forventninger om at slik regulering kan skje når prisreguleringen oppheves. En mer generell forventning om forhandlingsmuligheter i henhold til avtalefriheten vil ha mindre vekt. Dette kan særlig være av betydning for vurderingen av «tvillaust»-kravet under punkt 6.3.2.

Bakgrunnen for at partenes opprinnelige forventninger etter kontrakten ikke uttrykkelig ble fastlagt i avgjørelsene nevnt over, kan være at tomtefestekontrakter ofte er gamle, og opprinnelige kontraktsparters forventninger kan være vanskelig å finne.³⁴² Det er heller ikke sikkert at de opprinnelige partene hadde tenkt på spørsmålet som er oppstått.

Vekten av bortfesters avtalebaserte forventninger beror etter dette på de konkrete forhold.³⁴³ Bortfester vil normalt ha hatt et økonomisk motiv for avtaleinngåelsen, et ønske om best mulig avkastning fra festetomten. Det vil imidlertid ha betydning om en forventning ba-

³⁴⁰ Høgberg (2010a) s. 420.

³⁴¹ Avsnitt 118.

³⁴² I samme retning, Høgberg (2010a) s. 350.

³⁴³ Reguleringsregimet er omtalt i 1.5 og 1.6. Om fastleggelsen av avtalen, se kapittel 2.

seres direkte på avtalens bestemmelser, eller på forhandlingsadgang på bakgrunn av avtalefrihet. I tillegg vil eventuelle avtalebestemmelseres klarhet spille inn. Det ligger likevel en begrensning i det som partene med rimelighet kunne forvente på avtaletidspunktet.

5.6.3 Betydningen av lovgivningen

I relasjon til grl. § 97 har Høgberg utledet følgende retningslinjer. *Lovgivning og den tidligere rettstilstand* må kunne etablere berettigede forventninger.³⁴⁴ Der flere faktorer opptrer i kombinasjon vil forventninger kunne trekke i ulik retning, og må avveies mot hverandre.³⁴⁵ På den annen side må det antas at *lovforslag og pågående lovgivningsprosesser* som hovedregel ikke kan etablere berettigede forventninger.³⁴⁶ Som fremhevet av Høgberg, er det liten grunn til å bygge forventninger på et lovforslag, før det er blitt behandlet av Stortinget.³⁴⁷

Er forventninger allerede etablert ved avtale, må lovforslag og lovgivningsprosesser imidlertid kunne svekke eller styrke berettigelsen av disse. EMD uttalte i Lindheim-saken at bortfesterne kunne ha en berettiget forventning om at avtalen ville holdes etter sitt innhold, «independently of the intervening discussions on and adoption of legislative measures».³⁴⁸ Dette stemmer godt med Høgbergs innvending mot at lovforslag ikke kan gi grunnlag for berettigede forventninger, nevnt ovenfor. Lovgivningsprosesser vil dermed ikke *frata* bortfester en avtalebasert forventning, men kan antakeligvis i kombinasjon med kontraktsforholdets langsiktighet være egnet til å redusere vekten av forventningen.

Høgberg har ansett det oppsiktsvekkende at Høyesterett i Rt-2007-1281 (Øvre Ullern) så bort fra de forventninger som var skapt i forbindelse med den forrige lovrevisjonen.³⁴⁹ Hun har uttalt at det er innlysende at Stortinget har adgang til å endre oppfatning, men at dette ikke utelukker at personer kan ha bygget berettigede forventninger på rettstilstanden.³⁵⁰ Dette er det vanskelig å være uenig i, og må gjelde på generelt grunnlag.

³⁴⁴ Høgberg (2010a) s. 344.

³⁴⁵ L.c.

³⁴⁶ Ibid. 345.

³⁴⁷ L.c.

³⁴⁸ Avsnitt 133.

³⁴⁹ Høgberg (2010a) s. 350. Se punkt 4.2.3.

³⁵⁰ Ibid. s. 350.

5.6.4 Betydningen av langsiktigheten av avtaleforholdet

EMD har vurdert partenes forventninger i lys av at partene har inngått en kontrakt av særlig langvarig karakter. Samtidig vil avtalens varighet som nevnt under punkt 5.4 bidra til å gjøre inngrepet mer tyngende, og særlig der virkningen er evigvarende. Varigheten av festeforholdet har dermed en dobbeltfunksjon, som kan trekke både for og mot at inngrepet kan aksepteres.

I Lindheim-saken ble varigheten trukket frem både som en faktor som skiller tomtefestekontrakter fra alminnelige leiekontrakter, og som et forhold som gjorde inngrepet veldig tyngende for bortfester. Det er imidlertid vanskelig å trekke noen slutninger om hvilken vekt som er lagt på dette momentet, ettersom det kun er nevnt som et element i den generelle bakgrunnen for den konkrete vurderingen.

I høyesterettspraksis om grl. § 97 har dette momentet vært tillagt betydelig vekt.³⁵¹

5.6.5 Betydningen av eierskifte

Det har ofte både på fester- og bortfesterensiden vært ett eller flere eierskifter i løpet av festetiden som følge av salg eller arv. Dette moment er fremhevet under høringsrunden tilknyttet NOU 2013:11, og vil derfor behandles noe nærmere her. Siktemålet er å undersøke om det har noen betydning for vurderingen av partenes forventninger at det i løpet av avtaletiden er skjedd eierskifte. Spørsmålet er om det er de opprinnelige parter forventninger på avtaletidspunktet som skal legges til grunn, eller partenes forventninger på et senere tidspunkt.

Lindheim-saken tar ikke stilling til betydningen av eierskifte, selv om flere slike var gjennomført. Omtalen av bortfesterne taler imidlertid for at det er nåværende parter forventninger som legges til grunn. Avtalerettslige prinsipper tilsier imidlertid at det er den opprinnelige inngåtte festeavtalen mellom partene som skal holdes.

For *eierskifte på grunneiersiden* gir Nobel-saken veiledning.³⁵² Saken gjaldt prisregulering av husleie. I proporsjonalitetsvurderingen ble det vektlagt at utleier frivillig kjøpte bygningen, med kunnskap om de lave prisregulerte leieavgifter som ble betalt. EMD uttalte at «it was the second applicant's responsibility to incorporate this knowledge in the price negotiations when he bought the building». Dette trekker i retning av at det er overtakende bortfester

³⁵¹ Se Rt-1990-284 (Selsbakk).

³⁵² Se avsnitt 39.

forventninger som er gjenstand for vurdering. Synspunktene som har vært trukket frem av EMD støttes av høyesterettspraksis om avtl. § 36.³⁵³

Etter dette kan det legges til grunn at et eierskifte på grunneiersiden vil kunne påvirke hvilken vekt som tillegges dennes forventninger. Dersom det ved eierskiftet var påregnelig med en fremtidig lav festeavgift, vil det være opp til kjøper å ta høyde for dette i prisen. Er festetomten verdsatt under forutsetning om lav festeavgift, vil en senere oppreguleringsadgang for bortfester kunne utgjøre en tilfeldig fordel for nåværende eier. Dette tilsier at det er forventningene på reguleringstidspunktet som legges til grunn.

For *eierskifte på festersiden* foreligger så vidt meg bekjent ikke EMD-praksis. Rt-1988-295 (Skjelsvik) kan imidlertid gi veiledning. Saken gjaldt revisjon av festeavgift etter avtl. § 36 som følge av inflasjon. Høyesterett uttalte at eierskifte på festersiden vanligvis ikke ville være til hinder for oppregulering. Generelle rimelighetshensyn støtter en slik betraktning. Det burde ikke gå ut over bortfester at fester har betalt en pris for hus på festetomt som ikke vesentlig avvek prisen på hus på eiet tomt. Det er opprinnelig fester som har kunnet realisere verdistigningen, og ikke bortfester.

Etter dette kan det synes som om det er nåværende parts forventninger som skal vurderes, uavhengig av om dette er den opprinnelige eller om det er skjedd et skifte. Bakgrunnen for dette er antakelig følgende. Når den nye part skal ta stilling til om han vil overta leieforpliktelsen kan det forventes at han setter seg inn i det gjeldende lov- og avtaleverk. Investerings situasjonen vil med andre ord kunne aktualisere en viss aktsomhetsplikt, som kan spille inn når partenes forventninger skal fastlegges. Det er her nødvendig å sonde mellom situasjonen der eierskifte er skjedd som følge av frivillig rettsovergang, eller på annen måte. Etter mitt syn vil det ved arv kreves særlige holdepunkter for å fravike den alminnelige regel om at arvingen trer inn i arvelaters posisjon.

Selv om eierskifte må kunne trekkes inn i den konkrete vurderingen, er det ikke noen eksempler på at dette er blitt gjort i tomtefestesaker. Betydningen er derfor noe usikker. Konsekvensen av eierskifte er kun vektlagt *frem i tid*, som da EMD i Lindheim-saken trakk frem

³⁵³ Rt-1990-500 (Periscopos) gjaldt revisjon av husleie i langvarige kontraktsforhold. Det ble uttalt at eierskifte på gårdeiersiden måtte anses som et tungtveiende argument mot lemping av kontrakten. Det ble vist til at Periscopos ved kjøp av bygården var kjent med leiekontrakter, og at disse var reflektert i prisen som var blitt betalt for eiendommen. Skulle man under slike omstendigheter akseptert en revisjon av samme kontrakt ville selskapet fått dobbeltkompensasjon.

at fester kan realisere verdistigningen, men ikke grunneier.³⁵⁴ Dette har imidlertid kun betydning for inngrepets størrelse.

5.7 Andre relevante momenter

Liten *sammenheng og fleksibilitet* i rettssystemet, samt om eieren må leve i *uvisshet* kan videre trekke i retning av at det foreligger brudd på konvensjonens krav til balanse.³⁵⁵ Dette var relevant i Lindheim-saken, hvor det ble trukket frem at tfl. § 33 ikke gav høyde for å tilpasse vurderingen etter festerens økonomiske situasjon, og at avtaleforholdets lengde i sin helhet ville bero på festers valg.

Tilbakevirkning er et relevant moment for EMD, selv om dette ikke uttrykkelig reguleres i EMK P1-1.³⁵⁶ Hvorvidt tilbakevirkningen kan rettferdiggjøres vil bero på proporsjonalitetsvurderingen, hvor tilbakevirkningen inngår som et moment.³⁵⁷ Solheim mener imidlertid å kunne utlede at inngrepets *art* synes å bli tillagt særlig stor betydning når det foreligger tilbakevirkning. EMD forutsetter at lovgiver som utgangspunkt har adgang til å kontrollere bruken av eiendom, jf. EMK P1-1 annet ledd. EMD må da antas å se mildere på tilbakevirkningselementer enn der det foreligger ekspropriasjon.³⁵⁸

Om inngrepet bærer preg av *vilkårlighet* har også vært vektlagt av EMD.³⁵⁹ Dette hensyn vil særlig være relevant ved vurderingen av engangsløftet nedenfor i kapittel 6.

EMD har også sett hen til *myndighetenes og klagerens opptreden* i saken.³⁶⁰ Dette vil også trekkes inn i vurderingen nedenfor.

³⁵⁴ Avsnitt 132.

³⁵⁵ Solheim (2010) s. 94.

³⁵⁶ Ibid. s. 94-95.

³⁵⁷ Ibid. s. 95.

³⁵⁸ L.c.

³⁵⁹ Ibid. s. 91.

³⁶⁰ Ibid. s. 95.

6 Vurdering av tfl. § 15

6.1 Innledning

I de foregående kapitler har avhandlingen presentert lovgivers inngrep i partenes reguleringsavtale, samt skrankene for lovgivers adgang til å foreta slike lovinngrep. Avhandlingen har vist at EMK P1-1 gir bedre vern mot inngrep enn grl. § 97. Jeg vil derfor i dette kapitlet kun vurdere konvensjonsmessigheten av tfl. § 15.

Kapitlet er ikke forutsatt å stå på egne ben. Helt vesentlig for den videre vurdering er fastleggelsen av inngrepene tfl. § 15 gjør i partenes kontrakter om reguleringsadgangen (punktene 3.2. og 3.3), samt fremstillingen og den nærmere fastleggelse av skrankene ovenfor (kapittel 4 og 5). Undersøkelsen av de typisk relevante momenter som er foretatt i foregående kapittel danner et særlig viktig bakteppe for den vurdering som her skal foretas. Dette kapittel kan derfor ikke ses isolert, men inngår som en konkretisering av de skranker som følger av eiendomsrettsvernet etter EMK P1-1. Siktemålet i det videre er derfor ikke å forsøke å angi alle de momenter som vil kunne spille inn i vurderingen, men å identifisere enkelte trekk ved regelen som *særlig* vil kunne medføre et spenningsforhold mot de skranker som eiendomsvernet oppstiller for den nasjonale lovgiver.

Lovens begrensning av bortfesteres rett til å kreve festeavgiftsregulering faller inn under kontrollregelen i EMK P1-1 andre ledd.³⁶¹ Stortingets vurdering ved vedtakelsen av tfl. § 15 må anses å tilfredsstille formålskravet.³⁶² Det er proporsjonaliteten som er avgjørende, og som vil undersøkes nærmere.

Det er først nødvendig å se noe nærmere på de krav som stilles til proporsjonalitetsvurderingen, herunder overgangsreglenes betydning for problemstillingen (punkt 6.2). Deretter vil vilkårene for bortfesteres adgang til å foreta en oppregulering etter overgangsreglene vurderes (punkt 6.3). Etter dette forutsettes vilkårene for å foreta et engangsløft oppfylt, slik at regulering kan skje etter avtalen. I den forbindelse vil betydningen av begrensningene for engangsløftets størrelse behandles (punkt 6.4).

³⁶¹ I Lindheim-saken ble overføring av eiendomsrett fra bortfester til fester ansett å falle under kontrollregelen.

Fra det mer til det mindre, må dette også gjelde ved inngrep i partenes reguleringsavtale.

³⁶² Se Ot.prp.nr.41 (2003-2004) s. 21 flg.

6.2 Lovinngrepet må være proporsjonalt – betydningen av overgangsregler

At lovinngrepet må være proporsjonalt, innebærer som nevnt i punkt 4.3.2 at det må være et rimelig forhold mellom middelet som benyttes til å regulere bruken av borgernes eiendom, og målet som søkes realisert. Det er krav om ‘fair balance’ mellom den generelle samfunnsinteressen og behovet for beskyttelse av individets grunnleggende rettigheter. Spørsmålet er om bortfester som følge av statens inngrep må bære en ‘disproportionate and excessive burden’.³⁶³

Festeavgiften skal som *hovedregel* reguleres etter endringen i konsumprisindeksen, jf. tfl. § 15 første ledd. I hvilken grad hovedregelen innebærer et inngrep vil bero på festeavtalen. Her vil kun eldre kontrakter med reguleringsbestemmelser som gir en høyere festeavgift enn ved konsumprisindeksregulering behandles. Lovinngrepet i slike avtaler er søkt redusert gjennom *overgangsregler* i annet ledd. Hensikten med overgangsreglene fremkommer av forarbeidene:

«Hensikten bak annet ledd er bl.a at de tidligere prisregulerte festeavgiftene skal løftes opp til det nivået som følger av en tolkning av reguleringsklausulen i avtalen, med de begrensninger som følger av nr. 2 til 4. Regelen viderefører gjeldende § 15 annet ledd i en overgangsperiode, slik at forbudet i første ledd mot avtaler om regulering til et høyere beløp enn det som følger av endringen i pengeverdien ikke skal slå vilkårlig ut avhengig av om festeavgiften er blitt regulert eller ikke mellom 1. januar 2002 og ikrafttredelsen av endringsloven her.»³⁶⁴

Etter nr. 2 kan bortfester ved «den første reguleringa» etter 1. januar 2002 kreve regulering av festeavgiften etter det som «tvillaust er avtalt». Enhver endring etter et engangsløft må skje etter hovedregelen. Avtalene underlegges dermed et tosporet system. Det kan enten skje et engangsløft etter avtalen jf. annet ledd, og deretter etter konsumprisindeksen, eller alternativt regulering etter konsumprisindeksen jf. første ledd. Loven åpner ikke for mellomløsninger. Konsekvensen av at en bortfester ikke kan foreta et engangsløft, er dermed at avtalen behandles som om den ikke hadde inneholdt reguleringsbestemmelser.

³⁶³ Se Lindheim-saken avsnitt 119, Hutten-Czapska-saken avsnitt 167.

³⁶⁴ Ot.prp.nr. 41 (2003-2004) s. 65.

Konvensjonsmessigheten av § 15 vil bero på om hovedregelen utgjør et rettstridig inngrep i bortfesters eiendomsrett. Gjennom Lindheim-saken er det klart at det å avskjære bortfester fra en oppregulering av festeavgiften med tomteverdien som en relevant faktor for all fremtid kan være i strid med EMK P1-1. Det er særlig grensetilfeller som akkurat ikke omfattes av overgangsreglene, samt der begrensninger i loven som høyestebeløpet medfører at engangsløftet i realiteten gir svært liten kompensasjon, som er problematiske. Spørsmålet er hvilken betydning det får for vurderingen at lovgiver har forsøkt å ivareta bortfesters rettigheter etter avtalen gjennom et engangsløft.

Høgberg peker på at overgangsregler får betydning på to ulike måter i relasjon til tilbakevirkningsspørsmål.³⁶⁵ Overgangsbestemmelsen kan for det første sikre at lovendringer ikke fører til at tidligere forhold berøres på en slik måte at det skjer et tilbakevirkende inngrep. For det andre kan overgangsregelen selv angripes som et rettstridig inngrep i partenes avtale. Dette kan i følge Høgberg typisk tilfellet der overgangsbestemmelsen rammer skjevt, slik at enkelte rettssubjekter gis anledning til å innrette seg, og ikke andre.³⁶⁶ Rent teoretisk kunne det derfor vært foretatt to vurderinger hvor overgangsreglene spilte inn. EMD foretar imidlertid ikke et slikt skille. I *Hutten-Czapska*-saken uttalte domstolen at:

«the Court must make an overall examination of the various interests in issue [...] In cases concerning the operation of wide-ranging housing legislation, that assessment may involve not only the conditions for reducing the rent received by individual landlords and the extent of the State's interference with freedom of contract and contractual relations in the lease market, but also *the existence of procedural and other safeguards* ensuring that the operation of the system and its impact on a landlord's property rights are neither arbitrary nor unforeseeable» (min kursivering).³⁶⁷

Dette viser at det må tas utgangspunkt i inngrepet, som her er hovedregelens KPI-regulering, og vurderes om reguleringen *som helhet* må anses akseptabel. I denne vurderingen må det også ses hen til at lovgiver har forsøkt å forhindre vilkårlige utslag av lovendringen gjennom overgangsregler.

³⁶⁵ Høgberg (2010a) s. 408.

³⁶⁶ Ibid. s. 410.

³⁶⁷ Avsnitt 168, Lindheim-saken avsnitt 119.

Det er grunn til å anta at hovedregelen om KPI-regulering i en rekke kontrakter vil medføre en så lav festeavgift at loven vil kunne være i strid med EMK P1-1.³⁶⁸ Dersom forventninger om annen regulering ivaretas gjennom et engangsløft vil festeavgiften løftes opp på et nivå hvor forholdet til EMK ikke aktualiseres. Overgangsreglenes avgrensning vil dermed kunne være av avgjørende betydning for om reguleringen som helhet kan aksepteres.

I det videre vil jeg undersøke de mer generelle trekk ved overgangsreglene som særlig kan komme i konflikt med EMK P1-1. Dette vil av naturlige årsaker bli noe usikkert og ufullstendig. Min vurdering må derfor suppleres med de konkrete momenter som fremkommer i saken.

6.3 Vilkår for adgang til engangsløft

6.3.1 Tidskrav – «den første reguleringa»

Innholdet i lovens tidsmessige avgrensning av engangsløftet til «den første reguleringa» er presentert under punkt 3.4.2.1. Rettstilstanden er etter Høyesteretts tolking at enhver *avtalt endring* av festeavgiften avskjærer senere avtalebaserte reguleringer, jf. Rt-2007-1706 (Bøvre) og Rt-2011-129 (Ringve). Årlig regulering etter tomtefesteforskriften § 2 har imidlertid ikke blitt ansett som en avtalt endring jf. Rt-2013-705 (Rød Gård).

Det er naturlig å sonde mellom to typetilfelle. Det første som skal vurderes er situasjonen der avtalen både inneholder en klausul om konsumprisindeksregulering og en tomteverdiklausul, men hvor den første reguleringen etter 1. januar 2002 gir regulering etter konsumprisindeks. Dette spørsmålet er isolert sett endelig avgjort ved Bøvre-saken, hvor avtalen viste til indeksregulering hvert 5. år, og full revisjon ved fornyelse. Det andre som skal vurderes er situasjonen der avtalen gav adgang til et engangsløft ved den første reguleringen, men bortfester likevel kun har krevd regulering etter konsumprisindeks.

Det første spørsmålet er om det vil krenke eiendomsvernet i EMK P1-1 om en foretatt *avtaleregulering* av avgiften etter konsumprisindeks etter 1. januar 2002 hindrer en senere regulering av festeavgiften etter avtalen.

Forholdet til EMK P1-1 er hverken vurdert i forarbeider eller av Høyesterett. Dersom lovgiver har vurdert om regelen vil innebære en rimelig balanse mellom bortfesters og samfunnets interesser, kreves imidlertid ikke en uttrykkelig vurdering av forholdet til EMK.³⁶⁹

³⁶⁸ Se punkt 5.5.

³⁶⁹ Se punkt 5.2.

Det fremgår av forarbeidene til lovendringen i 2000 og 2004, samt det opprinnelige lovvedtak i 1996, at lovgiver foretok en drøftelse av balanseforholdet mellom partene.³⁷⁰ Avveiningen førte til at grunneier skulle ha adgang til å foreta et engangsløft der regulering etter avtalen gir en høyere festeavgift enn KPI-regulering. Lovgiver har ikke vurdert spørsmålet om engangsregulering der avtalen selv kun tillater regulering etter konsumprisindeks ved den første reguleringen, men annen regulering senere. Lovgivers egne vurderinger taler dermed for at konvensjonens krav til rimelig balanse ikke er oppfylt dersom bortfester som følge av Bøvre-dommens fortolkning av tfl. § 15 annet ledd nr. 2 må begrense avgiftsreguleringen til konsumprisindeks for evig fremtid.

I *Hutten-Czapska*-saken, sitert i *Lindheim*-saken, uttalte EMD at usikkerhet er en relevant faktor ved vurdering av statens opptreden, uavhengig av om denne stammer fra lovgivningen eller myndighetspraksis.³⁷¹ Dissensen i Bøvre-saken trekker i retning av at konsekvensen av førstegangsbestemmelsen ikke har vært klar og forutsigbar. Mindretallet påpekte at det i en avtale med jevnlig indeksregulering, og regulering etter tomteverdi ved forlengelse, kun ville være unntaksvis at tiden var inne for fornyelse av festekontrakten ved første regulering etter 1. januar 2002.³⁷² Videre uttalte mindretallet at dersom en avtaleregulering etter tomteverdien var avskåret fordi første regulering var en indeksregulering, ville dette langt på vei sette engangsløftet ut av spill, «og i tillegg gjøre denne adgangen avhengig av tilfeldigheter».³⁷³

Hadde bortfester kjent til konsekvensen av å anvende indekssklausulen, kunne han ha avstått fra regulering frem til avtalebasert regulering kunne skje. En regel som innebærer at bortfester må avstå fra konsumprisindeksregulering i en årrekke for å ivareta sine rettigheter, må imidlertid trekke i retning av at bortfester pålegges en uforholdsmessig byrde.

Agder lagmannsrett har behandlet konvensjonsmessigheten av «den første reguleringa» i dom av 23. mai 2014. Lagmannsretten sluttet seg til tingrettens resultat om at hvis tfl. § 15 annet ledd nr. 2 tolkes slik at grunneier er avskåret fra å foreta en avtalebasert regulering av festeavgiften der tomteverdien hensyntas som en relevant faktor, vil det foreligge krenkelse av EMK P1-1. Avgjørelsen er grundig og godt begrunnet. I korte trekk var hovedargumentene

³⁷⁰ Se Ot.prp.nr.29 (1999-2000) s. 8-9, Ot.prp.nr.41 (2003-2004) s. 21 flg. og Innst.O.nr.85 (1995-1996) s. 7.

³⁷¹ Se *Lindheim*-saken avsnitt 119, *Hutten-Czapska*-saken avsnitt 168.

³⁷² Rt-2007-1706 avsnitt 53.

³⁷³ *Ibid.* avsnitt 54.

i lagmannsretten og tingretten at lovgivers vurdering tilsa at bortfester måtte gis en oppregulering, festeavgiftene var svært lave, formålet i form av boligsosiale hensyn svekket av at festeforholdet gjaldt en fritidseiendom, og at situasjonen for bortfester i stor grad ville bli tilsvarende som i Lindheim-saken når det kun kunne foretas KPI-regulering til potensielt evig fremtid. Det ble vektlagt at bortfester hadde en berettiget forventning etter avtalen uavhengig av prisreguleringen, og at regelen ikke var klar og forutsigbar. Videre ble det sett hen til at det ikke har vært klart hva som ligger i lovens formulering. En dommer fant ikke det kvantitative avviket stort nok til å konstatere konvensjonsstrid, men anså en rettsstilstand hvor det skilles mellom årlig indeksregulering etter tomtefesteforskriften § 2 og indeksregulering etter avtalen å gi «så tilfeldige og vilkårlige resultater» at det forelå strid med EMK P1-1.

Jeg er i det vesentlige enig med lagmannsrettens vurdering og resultat. Det er vanskelig å se at en oppreguleringsadgang som er avhengig av tilfeldigheter skal være tilstrekkelig begrunnet. Hverken boligsosiale eller retts tekniske hensyn kan etter min vurdering begrunne en slik vilkårlig forskjellsbehandling. Dersom gjeldende tolking av «den første reguleringa» opprettholdes, er det derfor en reell mulighet for at EMD vil anse avgrensningen av overgangsregelen så tilfeldig at dette representerer et uforholdsmessig og overdrevent inngrep overfor bortfester. Lovgiver har i så fall ikke funnet en rimelig balanse mellom de ulike interesser. *Min konklusjon* er etter dette at dersom en foretatt avtaleregulering av avgiften etter KPI etter 1. januar 2002 hindrer en senere regulering etter avtalen, kan det foreligge krenkelse av eiendomsvernet i EMK P1-1.

Det andre spørsmålet som skal behandles er situasjonen der bortfester kunne krevet regulering etter avtalen på reguleringstidspunktet, men adgangen ikke ble benyttet. Bakgrunnen for dette kan være rettsvillfarelse, forglemmelse eller passivitet. Problemstillingen er om det vil krenke eiendomsvernet i EMK P1-1 at en KPI-regulering i samsvar med *lovens hovedregel* etter 1. januar 2002 hindrer en senere regulering av festeavgiften etter avtalen. Dette vil bero på om bortfester pålegges en 'uforholdsmessig og overdreven byrde' når loven krever at han må foreta en avtalebasert regulering ved første anledning etter 1. januar 2002.

Hvis reglene er tilstrekkelig klare og forutsigbare, må det legges til grunn at eventuell rettsvillfarelse om egne rettigheter ikke kan unnskyldes. Både lovgivers og bortfesters handlemåte vektlegges i vurderingen.³⁷⁴ Det fremgår ikke helt klart av ordlyden at *enhver* avtalt endring av festeavgiften avskjærer et senere engangsløft, dette fremgår imidlertid klart av

³⁷⁴ Se punkt 5.7.

Høyesteretts tolking. Det må kunne kreves at bortfester følger med på rettsutviklingen på området.³⁷⁵ Det avgjørende for proporsjonalitetsvurderingen vil imidlertid være inngrepets styrke, sett i lys av at lovgiver har gitt bortfester anledning til å foreta et engangsløft.

Selv om det ikke kan utelukkes at konvensjonsstrid kan foreligge i helt spesielle tilfelle, er min konklusjon derfor at bortfester normalt ikke kan anses å måtte bære en uforholdsmessig og overdreven byrde når han er gitt muligheten til å redusere avviket gjennom et engangsløft. Det vil dermed ikke krenke eiendomsvernet i EMK P1-1 om en foretatt konsumprisindeksregulering etter 1. januar 2002 i samsvar med lovens hovedregel hindrer senere regulering etter avtalen.

6.3.2 Klarhetskrav – «tvillaust» avtalt

Innholdet i «tvillaust»-kravet er presentert under punkt 3.4.2.2. Rettstilstanden etter Høyesteretts tolking er at det må være «tvillaust» avtalt både at det skal skje annen regulering enn etter konsumprisindeks, og hvilken norm som skal benyttes, jf. Rt-2010-577 (Rygge). Det må ikke være rimelig tvil om at det er avtalt en annen løsning, eller hva denne går ut på.

«Tvillaust»-kravet innebærer et etterfølgende krav til avtalesituasjonen for eldre avtaler. Rt-2006-1547 (Hvaler) gir et godt eksempel. Her viste avtalen klart til en annen regulering enn konsumprisindeks. Det ble imidlertid ikke ansett tilstrekkelig klart avtalt hvilken norm som skulle benyttes, ved henvisning til «skjønn». På avtaletidspunktet var den vanlige beregningsmåten regulering etter tomteverdi og rentenivået. Etter alminnelige avtalerettslige prinsipper må dette anses tilstrekkelig klart, og bortfester har hatt en rimelig grunn til å bygge forventninger på avtalen. Problemstillingen er om det vil krenke eiendomsvernet i EMK P1-1 hvis «tvillaust»-kravet forhindrer en oppregulering etter en avtale som må anses inngått etter alminnelig avtaletolking.

«Tvillaust»-kravet har flere ganger vært behandlet av Høyesterett, som har lagt til grunn forarbeidenes forutsetning om at grunnlovsmessigheten av § 15 er utvilsom. Forholdet til EMK P1-1 er hverken vurdert i forarbeider eller av Høyesterett. Det fremkommer heller ikke av forarbeidene til lovendringen i 2004 da overgangsreglene ble innført at det er foretatt noen særlig vurdering av om innføringen av et tilbakevirkende klarhetskrav til avtalesituasjonen ville gi en rimelig balanse mellom interessene til bortfester på den ene side, og festers

³⁷⁵ I Nobel-saken avsnitt 39 legges det til grunn at en som kjøper en bygning er kjent med prisreguleringer som fremgår av nasjonal lov. Det samme må være tilfelle for en som driver med bortfeste.

interesse på den annen side.³⁷⁶ Dette trekker i retning av at lovinngrepet ikke er tilstrekkelig begrunnet.

Det sentrale argumentet for at «tvillaust»-kravet er konvensjonsstridig er *inngrepets art og virkning*. Etter rettslitteraturen om grl. § 97 må det i tilbakevirkningsvurderingen sondres mellom situasjonen der lovendringer berører de formelle krav til selve avtaleinngåelsen, og der de berører de materielle krav til innholdet i avtalen.³⁷⁷ Vedrørende de formelle sidene av avtaleinngåelsen, har Høgberg uttalt at teorien har en «samstemt og restriktiv holdning til nyere lovregulering. Det må anses som sikker rett at senere lovreguleringer ikke kan endre formkrav e.l., slik at en tidligere gyldig inngått avtale nå blir ugyldig».³⁷⁸ Bugge har tidligere uttalt at en ny lov ikke kan «endre virkningene av en avtaleinngåelse som er gjennomført etter de tidligere regler. En ny lov kan f.eks. ikke innføre nye formkrav i forbindelse med en avtaleinngåelse, med den virkning at allerede inngåtte avtaler ikke er gyldige.»³⁷⁹ Andenæs/Fliflet har uttalt at «[n]ye og strengere regler om stiftelse» ikke kan anvendes på eldre kontrakter.³⁸⁰ Litteraturen peker først og fremst på nye formregler, men uttalelsene omfatter også ugyldighetsregler av annen art.

Teoriens uttalelser er ikke videre begrunnet, men har etter min mening mye for seg. Begrunnelsen er antakelig at tilbakevirkende krav til avtaleinngåelsen stiller nye krav til avsluttede handlinger. Det foreligger dermed *egentlig* tilbakevirkning, som i utgangspunktet ikke er tillatt.³⁸¹ Teoriens sontring mellom formell og materiell tilbakevirkning er slik en forenkling av tilbakevirkningsvurderingen med grunnlag i skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning. Spørsmålet er hvordan dette spiller inn når lovgiver har oppstilt tilbakevirkende beviskrav.

Virkningen av at en reguleringsavtale ikke tilfredsstiller «tvillaust»-kravet, er at festeavgiften kun kan reguleres etter hovedregelen. Regulering av festeavgiften hvor tomteverdien hensyntas som en relevant faktor er dermed avskåret for all fremtid. Kontrakten behandles med andre ord som om avtalen aldri var inngått, og beviskravet får samme virkning som et etterfølgende formkrav. På den annen side er det rettighetene som ble etablert ved avtale-

³⁷⁶ Se Ot.prp.nr. 41 (2003-2004) s. 21-24.

³⁷⁷ Høgberg (2010a) s. 416. Se også Bugge (1999) s. 87.

³⁷⁸ Høgberg (2010a) s. 417.

³⁷⁹ Bugge (1999) s. 87.

³⁸⁰ Andenæs (2006) s. 454.

³⁸¹ Se punkt 4.2.2

inngåelsen som endres gjennom en omfordeling. Det foreligger dermed *uegentlig* tilbakevirkning, som i utgangspunktet er tillatt.

Bortfester vil ha forventninger om at avtalen skal gjelde etter sine vilkår. Berettigelsen av forventningene vil variere med avtalens klarhet. I noen avtaler er det klart at avvikende avtale har vært inngått, men kun beregningen er usikker. Avtalen henviser eksempelvis til forhandling eller skjønn, som i Rt-2006-1547 (Hvaler). I andre tilfelle kan en anførsel om at det foreligger en reguleringsavtale være tilnærmet ufundert. Det er sistnevnte situasjon som har begrunnet «tvillaust»-kravet. Fester og samfunnet for øvrig skulle spares for at bortfester fremmer krav etter mer eller mindre løst funderte avtalebestemmelser.³⁸²

Loven har imidlertid generell virkning, og gir dermed uttrykk for sosialpolitikk i vid forstand. Det er derfor vanskelig å se at såkalte boligsosiale hensyn, i kombinasjon med retts-tekniske hensyn, kan være tilstrekkelig for å innføre etterfølgende beviskrav for lovlig inngåtte avtaler som prekluderer enhver fremtidig oppregulering hvor tomteverdien hensyntas som en relevant faktor.

Oslo tingrett har behandlet «tvillaust»-kravets konvensjonsmessighet i dom av 9. april 2014. Saken gjaldt spørsmålet om tfl. § 15 annet ledd nr. 2, slik den er tolket av Høyesterett i Hvaler-saken er i strid med EMK P1-1. Tingretten konkluderte med at det ikke forelå konvensjonsstrid, ettersom lovbestemmelsen gir uttrykk for en «forholdsmessig og proporsjonal avveining av hensynet til begrensning i antallet tvister og hensynet til de avtalene som etter vanlige tolkings- og utfyllingsregler tilsier en annen løsning enn lovens hovedregel, men hvor avtaletolkningen byr på rimelig tvil». Det kan stilles spørsmål ved om tingretten har oppstilt korrekt vurderingstema for proporsjonalitetsvurderingen etter EMK P1-1, og om den vurdering som er foretatt er tilstrekkelig grundig. Etter mitt syn er derfor avgjørelsens rettskildevækt beskjeden.

Det er usikkert hva Høyesterett eller EMD vil komme til hvis en ny sak kommer opp for domstolene. Bortfesters forventninger vil variere konkret med *avtalens klarhet*.³⁸³ Min konklusjon er på dette grunnlag at det *kan* krenke eiendomsvernet i EMK P1-1 hvis «tvillaust»-kravet forhindrer en oppregulering etter en avtale som må anses inngått etter alminnelig avtaletolkning. Dette kan særlig være tilfelle der oppreguleringsadgang klart er avtalt samtidig som normal verdsettelsesmetode på avtaleinngåelsestidspunktet kunne utledes med stor grad

³⁸² Se Ot.prp.nr.28 (1995-1996) s. 55-56.

³⁸³ Se punkt 5.6.2.

av sikkerhet. Dette var situasjonen i Hvaler-dommen. Bortfester må da anses å ha hatt en berettiget forventning om å bli omfattet av lovregler som respekterer reguleringsavtaler.

6.4 Begrensninger av engangsløftets størrelse

6.4.1 Avtaler inngått før 1983 – «høyestebeløp»

Høyestebeløpet er behandlet under punkt 3.4.3.1, og utgjør en begrensning av engangsløftets størrelse. Kort oppsummert vil bortfester i avtaler inngått før 26. mai 1983 ikke kunne kreve mer enn kr 9 000 (inflasjonsjustert ca. kr 11 000) per dekar tomt i festeavgift, der dette er høyere enn festeavgiften regulert etter pengeverdien. Inngrepet vil bero på festeavtalen. Det legges til grunn for vurderingen at avtalen gir anvisning på regulering etter tomteverdi.

Avtaler om feste av tomt med høy verdi vil ikke respekteres fullt ut, selv om det gis adgang til et engangsløft. Problemstillingen er om bortfester pålegges en 'uforholdsmessig og overdreven byrde' når han etter et engangsløft til et «høyestebeløp» avskjæres fra en senere oppregulering av festeavgiften med tomteverdien som en relevant faktor, eller om dette ikke er i strid med eiendomsrettsvernet i EMK P1-1.

Det fremgår av forarbeidene at lovgiver foretok en drøftelse av balanseforholdet mellom partene.³⁸⁴ Ved lovendringen i 2000, da høyestebeløpet ble innført, ble det lagt til grunn at en maksimalgrense for oppregulering av festeavgiften etter avtalen ville være rimelig. Departementet vektla særlig at partene i langvarige avtaleforhold må være forberedte på at lovgivers oppfatning av hva som er rimelig og rettferdig endrer seg, og at utviklingen kan gå i en annen retning enn det partene så for seg. Det ble særlig pekt på at sosiale hensyn måtte ha stor vekt ved boligfeste. Videre ble det vist til at prisreguleringen medførte at festeren hadde hatt god grunn til å innrette seg på dette festeavgiftsnivået. Departementet viste på den annen side til at det hadde utviklet seg en rekke urimeligheter over tid, og at man derfor burde akseptere en betydelig økning i festeavgiften som følge av dette. Maksimalbeløpet på kr. 9.000 skulle for prisregulerte avtaler være et rimelig maksimumsnivå for bolig- og fritidsfeste. Grunnlaget for beløpets størrelse er ikke nærmere begrunnet. Videre drøftes ikke betydningen av variasjonen i festeavtalene når det gjelder utnyttelse og attraktivitet. Lovgiver har derfor ikke nærmere vurdert om høyestebeløpet vil gi en rimelig balanse i de ulike kontraktene som en så

³⁸⁴ Se Ot.prp.nr.29 (1999-2000) s. 8-9.

generell regulering vil ramme. At det i forarbeidene uttales at høyestebeløpet er rimelig kan derfor ikke tillegges avgjørende vekt.

Det sentrale argumentet for at høyestebeløpet er konvensjonsstridig er *festeavgiftens størrelse*. Dette skal illustreres med et eksempel, inspirert av det virkelige liv. Et borettslag har festet en tomt på 40 dekar i et pressområde. Festeavtalen inneholder en tomteverdiklausul, og råtomtverdien er i dag kr 80 000 000. Årlig festeavgift blir 40 ganger høyestebeløpet på kr 11 000, totalt kr 440 000. Dette utgjør kun 0,55 prosent av tomteverdien, som til illustrasjon er lavere enn maksimalt nivå for eiendomsskatt på 0,7 prosent.

Det finnes mange festeforhold i samme kategori som det nevnte eksempelet. Høyestebeløpet skaper dermed en reell fare for at tfl. § 15 i en rekke festeforhold gir en uforholdsmessig lav festeavgift. Bortfesteres avkastning vil da ikke ha noen sammenheng med tomteverdien. Det gis ingen muligheter for bortfester til å rette opp i dette avviket. Beløpet på 0,55 prosent skal heretter kun reguleres etter konsumprisindeks, som i et stigende marked gradvis vil øke avviket år for år.

Det er særlig begrensningen til antall dekar som medfører det store avviket. Dersom høyestebeløpet hadde vært relatert til antall boenheter på tomten, slik foreslått i NOU 2013:11, ville ikke nødvendigvis festeavgiftens størrelse blitt så avvikende. Flere boenheter representerer større utnyttelse, som antakeligvis korresponderer ganske godt med høye råtomtverdier, hvor tomtens utnyttelse er en verdikende faktor. Når de bakenforliggende hensyn kan ivaretas gjennom alternativer som i større grad speiler den faktiske verdi av tomten, vil et fast høyestebeløp for alle tomter uavhengig av utnyttelsen utgjøre et uforholdsmessig og overdrevent inngrep overfor bortfester. Lovgiver har ikke klart å finne en rimelig balanse mellom partene i de kontraktene hvor høyestebeløpet medfører at festeavgiften ligger godt under ett prosentpoeng av råtomtverdien.

Det kreves ganske høye råtomtverdier før festeavgiften beregnet etter høyestebeløpet vil utgjøre en så lav prosentandel som Lindheim-sakens 0,25 prosent. I eksempelet ovenfor vil en råtomtverdi på 120 millioner fortsatt utgjøre 0,37 prosent av tomteverdien. For å komme ned i 0,25 prosent må råtomtverdien være 175 millioner. For en tomt på én dekar er det imidlertid tilstrekkelig med en tomteverdi på ca. 4,5 millioner før prosentandelen er lavere enn i Lindheim-saken. Det må derfor legges til grunn at høyestebeløpet i en relativt stor andel festeforhold vil gi en så lav festeavgift at det kan foreligge brudd på EMK P1-1.

Min konklusjon støttes av flertallet i NOU 2013:11, som reiser spørsmål om beløpsgrensen i § 15 burde gjelde for den enkelte boenhet.³⁸⁵

6.4.2 Avtaler med tomteverdiklausul – eksisterende bruk

Begrensningen av råtomtverdien til eksisterende bruk er behandlet under punkt 3.4.3.2. Dette innebærer at råtomtverdien skal beregnes ut fra salgsverdien med «det eller dei husa som er på tomta». Det skal med andre ord ikke tas hensyn til påregnelig utnyttelse av tomten. Beregningsgrunnlaget for bortfesteres avkastning er dermed redusert sammenliknet med en alminnelig tolking av avtalen. Det foreligger dermed ikke sikkerhet for at engangsløftet blir tilstrekkelig stort til å ivareta bortfesterens avtalebaserte forventning om å ta del i verdistigningen.

Det må være avtalen, vurdert ut fra alminnelige beregningsprinsipper, som er utgangspunktet når avviket skal vurderes. For illustrasjoner på hvilke verdier som i realiteten overføres til festeren, se punkt 2.4.2 foran. Ettersom festeavgiftens størrelse er avhengig av det konkrete saksforhold, er det ikke grunn til å vurdere dette nærmere. Jeg vil likevel bemerke at det er en forskjell på inngrepets størrelse mens avtaleforholdet løper, og i en fremtidig innløsningssituasjon.

Når avtalen løper vil den verdi som ligger i tomtens utnyttelsespotensiale ofte være ubenyttet av fester. Selv om dette kan ligge innenfor festeres rettslige råderett, vil det kunne virke lite rimelig om han skal betale for en påregnelig alternativ bruk i dag som var helt upåregnelig på avtaleinngåelsestidspunktet. Dette reduserer vekten av bortfesteres forventninger, og sosiale hensyn vil kunne begrunne lovinngrep i avtalen. Situasjonen stiller seg annerledes når *fester vil bli eier*. Fester kan da innkassere hele verdistigningen, eksempelvis ved å fradele og feste eller selge bort ti nye tomter rett etter eiendomsoverdragelsen. Dette vil være en tilfeldig fordel for fester, og det kan reises spørsmål om grunneier i en slik situasjon vil få full erstatning etter grl. § 105 ved beregning av innløsningssummen basert på festeavgiften etter tfl. § 37 jf. § 15. Etter dette kan begrensningen av råtomtverdien til eksisterende bruk lettere aksepteres ved regulering av festeavgift i avtaletiden, enn ved en eventuell senere innløsning.

6.5 Sammenfatning

Vurderingen ovenfor viser at vilkårene for overgangsreglenes anvendelse medfører at hovedregelen om KPI-regulering i en rekke tilfelle vil kunne være i strid med EMK P1-1. Konclu-

³⁸⁵ NOU 2013:11 s. 74. Se om dette under i punkt 7.3.5.

sjonene er fattet på grunnlag av gjeldende rettstilstand, hvor tfl. § 15 gjennom § 33 er potensielt evigvarende. Dersom lovgiver endrer tfl. § 33 slik at bortfester gis adgang til å oppregulere festeavgiften, vil lovinngrepet for tidsbegrensede festeavtaler måtte vurderes etter gjenværende avtaletid. Midlertidige inngrep vil da lettere kunne aksepteres.³⁸⁶

³⁸⁶ Se punkt 5.4.

7 Regulering ved forlengelse etter tfl. § 33

7.1 Innledning

EMK art. 46 pålegger Norge å rette seg etter en endelig dom hvor staten er part. I Lindheim-saken ble «the legislation itself» ansett som underliggende årsak til at det forelå brudd på EMK P1-1.³⁸⁷ Regjeringens forsøk på å bringe EMDs kammerdom inn for storkammer jf. EMK art. 43 ble avslått 22. oktober 2012. Det ble da klart at en lovrevisjon måtte gjennomføres for eldre kontrakter.

EMD gir lite veiledning med hensyn til *hva* i tomtefestelovgivningen som må endres før menneskerettighetene er tilfredsstilt. Det eneste som ble uttalt i Lindheim-saken, er at de nasjonale myndigheter må foreta passende endring for å sikre et system som ivaretar en rimelig balanse mellom bortfesternes og allmennhetens interesser.³⁸⁸ Det ble understreket at det ikke var opp til EMD å foreta avveiningen. Lovgiver står derfor relativt fritt i sitt lovarbeid.

Enkelte forhold kan imidlertid legges til grunn. Fra § 33 trådte i kraft 1. november 2004, har festeren hatt anledning til å forlenge avtalen på samme vilkår som tidligere, uten tidsbegrensning. Forlengelsesretten har dermed gjort reglene i § 15 evigvarende. Det var sammenhengen mellom §§ 33 og 15 som medførte et konvensjonsstridig inngrep i eiendomsretten i Lindheim-saken. Tfl. § 15 kan derfor ikke i sin nåværende form gjelde evigvarende for alle kontrakter uten å være konvensjonsstridig. Det må følgelig skje en endring av enten én eller begge bestemmelser.

I det videre vil jeg først presentere lovarbeidet etter Lindheim-saken (punkt 6.2). Det ble først vedtatt en midlertidig lov. Deretter oppnevnte regjeringen et utvalg som skulle utrede permanente lovendringer i tfl. § 33. Utvalgets lovforslag har vært på høring. Status er at regjeringen har foreslått å forlenge den midlertidige loven, for å redusere tidspresset på lovarbeidet.³⁸⁹ Disse forhold vil behandles i nevnte rekkefølge. Deretter vil jeg foreta en vurdering av lovforslaget lovarbeidet har resultert i (punkt 6.3).

³⁸⁷ Avsnitt 137.

³⁸⁸ L.c.

³⁸⁹ Per 1. juni 2014.

7.2 Lovarbeidet etter Lindheim-saken

7.2.1 Vedtakelse av midlertidig lov

For å forhindre tvister og usikkerhet i tiden frem til eventuelle endringer i tomtefesteloven, vedtok Stortinget en midlertidig lov 14. desember 2012 nr. 89 om rett til forlengelse av feste til bolighus og fritidshus, med umiddelbar ikrafttredelse.³⁹⁰ Loven avløser tfl. § 33, men viderefører i utgangspunktet den eldre retten til forlengelse på samme vilkår som før. Dette gjelder både allerede forlengede festeavtaler, og festeavtaler som utløper etter 14. desember 2012. For øvrig gjelder reglene i tomtefesteloven.

Reglenes midlertidige karakter fremkommer direkte av loven. Loven gjelder kun «inntil ikrafttredelsen av eventuelle endringer i tomtefestelovens regler om forlengelse» jf. §§ 1-2. Opprinnelig skulle loven oppheves automatisk fra og med 1. juli 2014 etter § 5. Det var derfor forventet en hurtig lovgivningsprosess. Nå som loven er foreslått forlenget, er det usikkert når lovendringer kan ventes å foreligge.

Den midlertidige loven introduserer rettslig sett ikke noe nytt ved siden av tfl. § 33. En faktisk virkning er imidlertid at det skapes et tidspress på det videre lovarbeidet. I tillegg klargjøres tilbakevirkningsspørsmålet for kontrakter som er forlenget etter ikrafttredelsen 14. desember 2012. Etter ordlyden gjelder loven også festeavtaler som allerede er forlenget etter tfl. § 33. Om nye regler kan gis med tilbakevirkende kraft for disse kontraktene er imidlertid mer problematisk.

7.2.2 Forslag til lovendring: NOU 2013:11

Lovutvalgets primære mandat omfattet utredning og fremlegg av forslag til endringer i tomtefestelovens regler om forlengelse av feste til bolighus og fritidshus.³⁹¹ Det ble fremhevet at forslaget ikke måtte «reise tvil» om forholdet til eiendomsvernet i EMK P1-1 og innholdet i Lindheim-saken. Opphevelse av forlengelsesretten falt imidlertid utenfor utvalgets mandat. Innenfor denne rammen skulle forslaget gi regler som ville gi en «rimelig avveining av partenes interesser og samtidig ivaretar de nødvendige retstekniske hensyn». Forslaget skulle fortsatt sikre boligsosiale hensyn, samtidig som bortfesterens eiendomsrett og behov for forutberegnelighet ivaretas. Det ble presisert at utredningen skulle inneholde ulike modeller for regu-

³⁹⁰ Se Prop.148 L (2011-2012) s. 1-2.

³⁹¹ Inn tatt i NOU 2013:11 på s. 7 flg.

lering av festeavgift ved forlengelser, med tilhørende lovforslag. Regulerings spørsmål var dermed det helt sentrale for utvalgets arbeid.

Lovutvalgets arbeid, NOU 2013:11, ble offentliggjort 15. oktober 2013. *Utvalgets flertall* presenterte fem alternative modeller for oppregulering av festeavgiften ved forlengelse etter tfl. § 33.³⁹² Fire av de fem foreslåtte modellene gjelder generelt for både feste av tomt til bolighus og fritidshus. Det femte er en generalklausul, som skiller mellom de to kategoriene ved at det blant annet skal tas hensyn til karakteren av festeforholdet. Alle modellene forutsetter at regelen om forlengelsesrett for festeren på «same vilkår som før» videreføres som hovedregel. Dette innebærer at festeavgiften etter en eventuell justering av festeavgiften etter § 33 vil reguleres etter § 15 første ledd.³⁹³

I alle modeller er det lagt inn en mulighet for bortfesteren til å kreve festeavgiften regulert på nytt etter minst 30 år. Videre er det tatt inn en sikkerhetsventil i § 11 annet ledd, som skal forhindre urimelig lav festeavgift. Der størrelsene er kvantifisert i form av en prosentsats, et høyestebeløp eller et minstebeløp, kan Kongen endre størrelsen hvert 20. år.

Engangsløftmodellen er den første modellen som presenteres av utvalget.³⁹⁴ Denne modellen er bygget på engangsløftet i tfl. § 15 annet ledd. Modellen gir bortfester anledning til oppjustering av festeavgiften én gang basert på tomteverdien og rentenivået.³⁹⁵ Etter et slikt engangsløft kan det bare kreves regulering etter endringen i pengeverdien i samsvar med hovedregelen i § 15 første ledd. For eldre kontrakter inngått 26. mai 1983 eller før, er det et høyestebeløp for årlig festeavgift på kr 9 000 per *dekar* etter kroneverdien i 2002, alternativt per *tomt* dersom tomten er mindre enn ett dekar, eller per *boenhet* der det er flere slike enn antall dekar.

Prosentmodellen er den andre modellen utvalget presenterer.³⁹⁶ Bortfester gis en rett til å kreve festeavgiften regulert én gang til en bestemt prosentandel av tomteverdien. Utvalget forslår ingen prosentsats, men antyder visse yttergrenser etter EMK P1-1. Bortfesteren har ikke krav på festeavgift etter tomtens markedsverdi, men festeavgiften kan ikke settes lavere enn utlegg og skatter, alternativt nivået for eiendomsskatt.³⁹⁷ I sine eksempler har utvalget

³⁹² Se sammendrag på side 12 flg.

³⁹³ Se om § 15 i punkt 3.3.

³⁹⁴ Behandles i NOU 2013:11 s. 14, 52 og 83.

³⁹⁵ Ibid. s. 81.

³⁹⁶ Ibid. s. 14, 56 og 82.

³⁹⁷ NOU 2013:11 s. 56. Se fremstillingen av festeavgiften i punkt 5.5.

valgt en sats på 2 prosent, ettersom dette «ikke vil reise tvil om forholdet til P1-1».³⁹⁸ Det er ikke foreslått noe høyestebeløp for festeavgiften under denne modellen.

Kombinasjonsmodellen er utvalgets tredje forslag, og er en kombinasjon av engangsmodellen og prosentmodellen. Bortfester gis en rett til å kreve festeavgiften regulert én gang slik at den svarer til «2,5 prosent av tomteverdet».³⁹⁹ Dette skal være halvparten av full avkastningsrente. I tillegg inneholder modellen et minstebeløp for årlig festeavgift på kr. 4000 per tomt, og et høyestebeløp på kr 9 000 per *dekar* etter kroneverdien i 2002, alternativt per *tomt* dersom tomten er mindre enn ett dekar, eller per *boenhet* der det er flere slike enn antall dekar.

Likedelingsmodellen er utvalgets fjerde forslag.⁴⁰⁰ Bortfesteren gis anledning til å regulere festeavgiften én gang, slik at den eventuelle økningen i tomtens realverdi fra tidspunktet for inngåelsen av tomtefestekontrakten fordeles likt mellom partene.⁴⁰¹ Modellen bygger på mindretallets votum i Rt-1990-284 (Selsbakk).⁴⁰² Det skal da tas utgangspunkt i festeavgiften på avtaletidspunktet, som KPI-reguleres etter utviklingen frem til reguleringstidspunktet. Deretter må festeavgiften etter full økning i tomteverdien utregnes. Halvparten av den økning i festeavgiften som skyldes realverdiøkningen legges så til den KPI-justerte renten.

Generalkalusulen er utvalgets siste alternativ, inspirert etter tfl. § 11.⁴⁰³ Modellen innebærer at forlengelsesretten på samme vilkår som før beholdes som en hovedregel, men at det innføres unntak for urimelige tilfelle. For de tilfelle som rammes skal festeavgiften justeres opp til et rimelig nivå.⁴⁰⁴ Oppreguleringen vil da bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering.

Ingen av de fem modellene som ble vurdert av utvalget ble ansett å stride mot grl.§ 97 eller EMK P1-1. Utvalget var imidlertid i tvil om lovforslaget også kunne omfatte gruppen forlengede festekontrakter i perioden fra tfl. § 33 trådte i kraft 1. november 2004, til Lind-

³⁹⁸ NOU 2013:11 s. 56 s. 57.

³⁹⁹ Ibid. s. 14, 57 og 83.

⁴⁰⁰ Ibid. s. 14, 58 og 84.

⁴⁰¹ Ibid. s. 14.

⁴⁰² Ibid. s. 58-60. Se punkt 5.5.4 hvor avgjørelsen behandles nærmere.

⁴⁰³ NOU 2013:11 s. 14, 60 og 84-85.

⁴⁰⁴ Ibid. s. 60.

heim-dommen ble avsagt 12. juni 2012, eventuelt frem til den midlertidige loven om forlengelse fra 14. desember 2012.⁴⁰⁵

Utvalget delte seg i sin anbefaling av modell.⁴⁰⁶ To utvalgsmedlemmer, Lilleholt og Fykse, anbefalte engangsløftmodellen. To utvalgsmedlemmer, Solheim og Bergrem, anbefalte kombinasjonsmodellen.

Utvalgets mindretall, Tomtefesterforbundets representant Gjertsen, reserverte seg generelt mot utvalgets arbeid. Hun anbefalte en sjette modell, en *generalklausul med tak*, som ble introdusert sent i prosessen og derfor ikke er utredet av utvalget. Modellen innfører en sikkerhetsventil for urimelige tilfelle, foreslått inntatt gjennom formuleringen «særs urimelig låg» i § 11 eller direkte i § 33. I tillegg inneholder modellen et tak på kr 6 000 per tomt.

Etter min tolking ønsket mindretallet primært at det foretas en totalvurdering av fordelingen mellom økonomiske og sosiale fordeler og ulemper etter dagens tomtefestelov, herunder også om tomtefesteinstituttet burde avvikles. Dette ville innebære en totalrevisjon av festeinstituttet, og krevd et nytt utredningsarbeid. Mindretallet kritiserte med andre ord grunndigheten i utvalgets arbeid.⁴⁰⁷ Som grunn for at forsvarlige vurderinger var umulig, ble særlig tidspresset og mangel på nødvendig økonomisk kompetanse fremhevet.

Mindretallet uttalte også at flertallets forslag vil innebære en overoppfyllelse av Norges folkerettslige forpliktelser. Hovedpunktene i kritikken er for det første at det ikke er behov for en generell regel om oppregulering av festeavgiften for å imøtekomme Lindheim-saken. Etter mindretallets syn vil innføring av en generalklausul som forhindrer urimelig ubalanse mellom partene være tilstrekkelig. Gjertsen peker videre på at EMD ikke synes å kreve at oppreguleringen har en kobling til markedsverdi. I tillegg anføres at festerenten er satt for høyt.⁴⁰⁸

7.2.3 Høringsuttalelser

Høringsinstansenes syn på utvalgets utredning var delt. Her gis en oversikt over de mest sentrale punktene som ble kommentert i høringsrunden. De forhold som jeg har uthevet i teksten vil vurderes nærmere nedenfor.

⁴⁰⁵ NOU 2013:11 s. 14 og 49 flg.

⁴⁰⁶ Ibid. s. 15 og 62 flg.

⁴⁰⁷ Se Ibid. s. 9-11 for en nærmere beskrivelse av mindretallets kritikk.

⁴⁰⁸ Se NOU 2013:11 s. 12, under mindretallets kritikk av engangsløftmodellen og prosentmodellen.

En rekke representanter for festerne slutter seg til mindretallets uttalelser om at forslaget vil innebære en overoppfyllelse av Norges forpliktelser etter EMK. Dette antas i stor grad å skyldes at minimumsnivået etter EMK P1-1 ikke skal være vurdert av flertallet. Andre peker på at lovgivningen i det minste bør skille mellom bolig- og fritidsformål, dersom en generell regulering gir en vesentlig heving av minsteterskelen for eiendomsrettsvernet.

En rekke høringsinstanser er også enige i mindretallets kritikk om at det ikke er nødvendig med en *generell oppreguleringsadgang*, og at det for en eventuell oppregulering ikke er nødvendig med en *kobling til markedsverdien*. Det er videre fremmet kritikk mot utvalgets behandling av *festerenten*. Denne kritikken må anses viktig, ettersom det foreligger uttalelser fra en rekke uavhengige fagøkonomer.

Flere høringsinstanser har foretatt en konkret anbefaling av modell. Det er ingen instanser som ønsker kombinasjonsmodellen eller likedelingsmodellen. Prosentmodellen fremheves av et par grunneiere, men det er en klar overvekt som anbefaler engangsløftmodellen. Fortrinnene ved denne modellen er at den bygger på kjente størrelser, gir sammenheng i regelverket, og i størst grad forhindrer tvister gjennom høyestebeløpet. Der det er klart at festeavgiften vil nå taket, er det ikke nødvendig å forhandle om dette spørsmålet.

At retts tekniske hensyn tillegges betydelig vekt, er et gjennomgående trekk ved høringsuttalelsene. Tekniske regler som i stor grad bygger på usikre størrelser anses for de fleste som uheldige. En rekke festere slutter seg likevel til mindretallets forslag til generalklausul, selv om denne er svært skjønnsmessig. Representanter for grunneiersiden tok imidlertid sterk avstand fra denne modellen, og omtalte den som helt ubrukelig til formålet.

Høyestebeløpet ble også kritisert i en rekke høringsuttalelser fra begge sider. Representanter for festerne har uttalt at høyestebeløpet vil gi vilkårlige løsninger, gjennom en beregning per dekar og per boenhet. I tillegg har beløpet vært ansett for høyt. Representanter for grunneiere har uttalt at høyestebeløpet vil gi urimelig lave festeavgifter i en rekke kontrakter, og har heller tatt til orde for en nedre terskel.

De fleste høringsinstanser har ansett det rimelig at festeavgiften kan reguleres etter et visst tidsrom, i forslaget satt til 30 år. Enkelte grunneiere tar imidlertid til orde for et tidsintervall på 20 år. Representanter for festerne, herunder Gjertsen, mener på den annen side at det ikke er nødvendig med en jevnlig regulering for å tilfredsstille EMK.

En rekke høringsinstanser behandler spørsmålet om en lovendring burde gis tilbakevirkende anvendelse for allerede forlengede avtaler. Synet på dette spørsmålet er delt.

Avslutningsvis skal det nevnes at en rekke høringsinstanser, i likhet med Gjertsen, tar til orde for en avvikling av tomtefesteinstituttet, i hvert fall for feste til bolig- og fritidshus.

7.2.4 Videre lovarbeid – forlengelse av midlertidig lov

Flere av representantene for festersiden har talt for at regjeringen bør gi seg mer tid ved å videreføre den midlertidige loven.⁴⁰⁹ Den 28. februar 2014 fremmet regjeringen forslag om videreføring med ett år, frem til 1. juli 2015. Kritikken mot forslaget har dermed hatt en effekt, og da først og fremst den som gikk på at tidspress medfører at det blir umulig å gjennomføre et forsvarlig arbeid. Etter min mening er denne utsettelsen fornuftig, dersom man ønsker å finne en korrekt, balansert og robust regulering.

7.3 Vurdering av forslaget om regulering av festeavgift ved forlengelse etter loven

7.3.1 Innledning

I dette avsnittet vil jeg foreta en vurdering av lovforslaget, med utgangspunkt i kritikken som er reist av mindretallet og høringsinstanser. Siktemålet er ikke å foreta en uttømmende vurdering av alle forhold i lovforslaget som kan kommenteres og kritiseres.

Hovedkritikken mot flertallets forslag er at det medfører en overoppfyllelse av de krav som fremgår av EMK P1-1 etter Lindheim-saken. Jeg vil forsøke å ta stilling til i hvilken grad bortfester *burde* gis adgang til å foreta en oppregulering av festeavgiften ved forlengelse etter tfl. § 33. En betydelig overoppfyllelse til bortfesteres fordel må som utgangspunkt anses både unødvendig og lite rimelig. Utover minimumsnivået er det imidlertid en politisk vurdering hvilke inngrep som skal gjøres i avtalen.

Etter presentasjonen av kritikken mot flertallets forslag, er det særlig fire spørsmål som bør behandles. Det første er om bortfester *burde* gis en generell oppreguleringsadgang, eller om det er tilstrekkelig med en generalklausul. Det andre er om oppreguleringen *burde* ha en kobling til markedsverdien. Det tredje er hvilken festerente som *burde* benyttes. Det fjerde er om det *burde* være et tak eller gulv for festeavgiftens størrelse. Avslutningsvis vil jeg forsøke å sammenfatte drøftelsene i en anbefaling til lovgiver.

Jeg vil ikke gå inn på tilbakevirkningsspørsmålet lovforslaget reiser for festeavtaler som er forlenget fra § 33 trådte i kraft 1. november 2004, til vedtakelsen av den midlertidige

⁴⁰⁹ Se Prop. 41 L (2013–2014) s. 2.

loven 14. desember 2012. Dette spørsmålet berører ikke det prinsipielle vedrørende regulering av festeavgift. Å utarbeide et sett løsninger for ulike kontrakter vil i tillegg bli svært omfattende, og preges av mange usikkerhetsfaktorer.

7.3.2 Generell oppreguleringsadgang eller generalklausul?

Utvalgets mindretall har uttalt at det «ikke er behov for en generell regel om oppregulering av festeavgift ved forlengelser», ettersom Lindheim-saken kun retter seg mot urimelig ubalanse.⁴¹⁰ Hun uttaler at generalklausulen er den eneste modellen som kan gi et balansert og rimelig resultat i det enkelte festeforhold, og som ikke overoppfyller Norges folkerettslige forpliktelser.⁴¹¹ Uttalelsene støttes av en rekke høringsuttalelser.

Spørsmålet er om det burde innføres en generell oppreguleringsadgang, eller om en sikkerhetsregel i form av en generalklausul er tilstrekkelig. Dersom en generalklausul praktiseres slik at urimelig ubalanse blir forhindret, vil modellen gi konkrete løsninger som antakelig ikke vil medføre brudd med EMK P1-1. Problemet er at urimelighetsvurderingen er sterkt skjønnsmessig. Dette gir grobunn for usikkerhet og tvister. Modellen vil dermed være kostbar for samfunnet og for partene. En lovendring burde sørge for en rettstilstand som er rimelig, forutberegnelig og praktisk for begge parter. En helt skjønnsmessig regel vil ikke være egnet til å oppnå dette formålet. Min konklusjon er derfor at det burde innføres en generell oppreguleringsadgang for bortfester.

7.3.3 Kobling til tomteverdien?

Flertallet legger til grunn at Lindheim-saken forutsetter at festeavgiften ved forlengelse «ikke kan fastsettes uten at det tas hensyn til tomtens verdi» (min kursivering).⁴¹² Mindretallet innvender at EMK ikke krever at oppreguleringen har en kobling til markedsverdien, men bringer inn dette som ett av flere hensyn.⁴¹³ Det er helheten i balansen som er avgjørende. Uttalelsene støttes av en rekke høringsuttalelser. Spørsmålet er om en modell for oppregulering av festeavgiften burde ha en kobling til tomteverdien.

⁴¹⁰ NOU 2013:11 s. 9.

⁴¹¹ Ibid. s. 65.

⁴¹² Ibid. s. 79.

⁴¹³ Se i forbindelse med engangsløftmodellen i NOU 2013:11 s. 69.

Etter min vurdering kan det ikke utledes av Lindheim-saken at lovendringen *må* inneholde en oppreguleringsadgang med en kobling til tomteverdien. Det er den konkrete balansen mellom partene som er avgjørende.⁴¹⁴

Samtidig vil forholdet til EMK P1-1 utfordres dersom manglende kobling til markedsverdien medfører at realverdistigningen i sin helhet tilfaller fester. EMD la i Lindheim-saken selvstendig vekt på festeavgiftens kobling til markedsverdien når den uttalte at «there seem to have been no general interest demands sufficiently strong to justify such a low level of rent, bearing no relation to the actual value of the land» (min kursivering).⁴¹⁵ Videre ble det uttalt at evigvarende forlengelse til samme vilkår «excluded the possibility of taking account of the value of land as a relevant factor» (min kursivering).⁴¹⁶ Den enkleste måten for lovgiver å sikre at avviket mellom festeavgiften og råtomtverdien holdes innenfor akseptable rammer, er å innta tomteverdien som en del av beregningsgrunnlaget.

Ulempen med å koble oppreguleringsadgangen til tomteverdien er at det i hvert tilfelle må skje en verdsettelse av tomten, som vil være tvisteskapende. Antallet tvister kan imidlertid reduseres gjennom fastsettelse av relativt lange reguleringsintervaller, som flertallets forslag på 30 år. Reguleringsintervallet vil være et kompromiss mellom at det skapes ro og forutberegnelighet for partene, og behovet for korrigering av festeavgiften etter endringene i tomteverdien.

De beste grunner taler etter dette for at en regel om oppreguleringsadgang burde ha en kobling til markedsverdien, ettersom det er avviket fra tomtens verdi som vurderes når det skal tas stilling til hvilke inngrep lovgiver kan foreta i partenes reguleringsavtale.

7.3.4 Beregning av festerenten?

7.3.4.1 Innledning

Lovutvalgets mindretall kritiserer sterkt at økonomiske spørsmål ikke ble vurdert av utvalget ved hjelp av kompetente fagøkonomer.⁴¹⁷ Dette gjelder spesielt festerentens beregning. En rekke høringsinstanser slutter seg til mindretallets kritikk, og fremmer i tillegg kritikk på egne

⁴¹⁴ Regjeringen har uttalt at det avgjørende for EMD i Lindheim-saken er «[...] den samlede balanseforskyvningen som følge av tomtefesteloven § 33, sett i sammenheng med § 15», se Prop. 148 L (2011-2012) s. 2.

⁴¹⁵ Avsnitt 129.

⁴¹⁶ Avsnitt 131.

⁴¹⁷ NOU 2013:11 s. 70.

vegne. I den grad kritikken er fremsatt av uavhengige fagøkonomer, må innvendingene anses tungtveiende.

I dette avsnittet vil jeg se nærmere på kritikken om at utvalgets behandling av festerenten innebærer en overkompensasjon til bortfester. Det er da nødvendig å se på flertallets behandling av rentespørsmålet før kritikken mot festerenten behandles.

7.3.4.2 Utvalgets behandling av festerenten

Lovutvalgets flertall behandlet festerenten i tilknytning til engangsløftmodellen.⁴¹⁸ Det ble tatt utgangspunkt i at festerenten skal svare til en noenlunde risikofri avkastning. Deretter uttalte flertallet:

«Høyesterett har drøftet spørsmålet om valg av kapitaliseringsrente i en rekke avgjørelser om blant annet ekspropriasjon eller fredning av eiendom og personskadeerstatning, og det er nå fast praksis for at kapitaliseringsrenten som utgangspunkt skal vær fem prosent. Samtidig er det fra fagøkonomisk hold reist kritikk mot Høyesteretts kapitaliseringsrente, og argumentert for at den burde vært vesentlig lavere. Innløsningsreglene kan sies å bygge på en kapitaliseringsrente på fire prosent, jf. 25 gangerregelen i tomtefesteloven § 37 første ledd første punktum. *Det synes vanskelig å unngå at rentesatsen ved forlengelse må vurderes konkret.* Sannsynligvis vil en normalsats kunne avtegnes i praksis over tid» (min kursivering).⁴¹⁹

Flertallet tok dermed ikke stilling til hvilken festerente som skal legges til grunn for å komme frem til en rimelig avkastning. Utvalget la likevel en rente på 5 prosent til grunn for sine eksempler, som følge av at:

«En grunneier som står helt fritt til å disponere tomten slik han eller hun ønsker, kan i dag muligens forvente opp mot fem prosent årlig avkastning fra eiendommen.»⁴²⁰

Denne antakelsen om *mulig* avkastning er ikke nærmere begrunnet. Det er likevel klart at flertallet ikke har hatt til hensikt å ta stilling til rentens størrelse.⁴²¹ Dette har også vært fastholdt i

⁴¹⁸ NOU 2013:11 s. 53.

⁴¹⁹ L.c.

⁴²⁰ Se om kombinasjonsmodellen i Ibid. s. 57.

⁴²¹ Dette presiseres ved engangsløftmodellen, Ibid. s. 55, og ved likdelingsmodellen, s. 60.

ettertid av Lilleholt, utvalgets leder. Det hitsettes fra et intervju i Bergens Tidende 27. desember 2013:⁴²²

«Rentenivået er i utgangspunktet et politisk spørsmål som vi ikke vurderer i vår utredning. Når vi bruker fem prosent som utgangspunkt for noen av våre utregninger, er det fordi domstolene som regel opererer med denne renten. Det er helt legitimt å spørre seg om denne renten er for høy, sier Lilleholt.»

Utvalgets flertall ønsket ikke å ta stilling til rentenivået. Reaksjonene fra mindretallet og tilbakemeldingene fra høringsrunden om at flertallets behandling av festerenten kan være egnet til å gi inntrykk av at 5 prosent er en slags normalavkastning for bortfester.

7.3.4.3 Kritikk mot utvalgets behandling av festerenten – særlig om kapitaliseringsrenten

Utvalgets mindretall var kritisk til flertallets behandling av festerenten. Denne ble også kritisert i høringsrunden. Kritikken relaterer seg særlig til to forhold.

For det første peker mindretallet på at spørsmålet om det ligger en *dobbeltkompensasjon* i en festerente på 5 prosent burde vært vurdert av flertallet. Gjertsen uttaler:

«Et spørsmål er hvorvidt det kan sies å foreligge et element av dobbeltkompensasjon i den utstrekning bortfesteren både skal tilgodesees med et inflasjonselement i selve renten og samtidig være tilgodesett en generell prisstigning i tomteverdien. Dette vil også begrunne at festerenten i en modell som dette skal være tilnærmet nær den til enhver tid gjeldende realrente, som er langt lavere enn den festerenten tabellen over viser. Gjertsen mener dette elementet og andre typisk fagøkonomiske spørsmål i utredningen burde vært vurdert av utvalget ved hjelp av kompetente fagøkonomer.»⁴²³

Dette samsvarer med hovedkritikken fra fagøkonomisk hold om at festerentesatsen som benyttes av utvalgets flertall gir bortfester en for høy avkastning, som følge av at inflasjonens påvirkning ikke er korrekt hensyntatt.⁴²⁴ Spørsmålet om dobbeltkompensasjon er allerede

⁴²² Sitert i høringsuttalelsen til HB consult v/ Harald Bøvre.

⁴²³ NOU 2013:11 s. 70.

⁴²⁴ Eide (2004).

drøftet under punkt 5.5.3. Konklusjonen var der i korte trekk at anvendelse av renter som inneholder inflasjonskomponenter samtidig som festeavgiften indeksreguleres gir en dobbeltkompensasjon. Sammenlikningsgrunnlaget for hva som vil gi bortfester en rimelig avkastning burde derfor ta utgangspunkt i realrenter. Som følge av dette vil festerenten som anvendes av flertallet etter min vurdering kunne gi bortfester en overkompensasjon som ikke er nødvendig etter EMK P1-1. Om slik overkompensasjon er ønskelig er et annet spørsmål, som i stor grad vil være avhengig av politikk.

For det andre har mindretallet kritisert at flertallet nevner *kapitaliseringsrenten* når festerenten drøftes. Gjertsen uttalte i sitt særvotum:

«Utvalgets flertall sin sammenlikning med kapitaliseringsrenten på 5 prosent, jf. også tomtefesteforskriften § 9, er slik utvalgsmedlemmet Gjertsen ser det ikke relevant. Dette er en annen type rente som kun skal benyttes for å sette et alternativavkastningsnivå i en nåverdiberegning av tomtens antatte markeds- eller råtomtverdi.»⁴²⁵

For å forstå denne kritikken er det nødvendig å gjøre rede for hva kapitaliseringsrenten er, og hva som er problematisk med en eventuell sammenlikning.

Kapitaliseringsrente benyttes for å omregne fremtidige tap til et engangsbeløp.⁴²⁶ Kapitalisering må foretas i alle tilfelle hvor fremtidige tap skal utbetales med en engangssum. Typiske eksempler er utregning av personskadeerstatning, ekspropriasjonserstatning og fredningserstatning. I festekontrakter anvendes kapitaliseringsrente ved beregning av innløsningssummen. Engangsbeløpet skal da være nåverdien av fremtidig tapt festeavgift som følge av innløsningen. Formålet er å sikre at skadelidte (bortfester) får korrekt erstatning. Dersom engangsbeløpet (innløsningssummen) blir investert til en rente lik kapitaliseringsrenten i den konkrete sak, skal det for være mulig å ta ut beløp tilsvarende de fremtidige årlige tap (av festeavgift). Kapitaliseringsrenten skal, slik mindretallet påpeker, dermed representere et alternativavkastningsnivå i en nåverdiberegning.

Både festerenten og kapitaliseringsrenten skal speile en langsiktig investering med lav risiko. Det å se hen til kapitaliseringsrenter når festerenten skal fastlegges er derfor ikke i utgangspunktet kritikkverdig. Det som skaper problemer er at Høyesterett har utviklet en

⁴²⁵ NOU 2013:11 s. 70-71.

⁴²⁶ Se Hylland (1995) s. 43-44.

«prejudikatsrente» på 5 prosent, som ukritisk legges til grunn for alle kapitaliseringer, uten at det vurderes om dette gir full erstatning i den konkrete sak.⁴²⁷

Begrunnelsen for at innløsningssummen i tfl. § 37 bygger på en rente på 4 prosent er at lovgiver bevisst har fraveket domstolenes normale kapitaliseringsrente.⁴²⁸ Renten på 4 prosent er forutsatt å være en overkompensasjon til bortfester, mens en rente på 5 prosent gir full erstatning. Kapitalisering i innløsningstilfelle bygger dermed ikke på et annet syn enn fast praksis.

Fagøkonomer har uttalt at domstolenes renteberegninger ikke er korrekte helt siden 80-tallet.⁴²⁹ Når utvalgets flertall nevner kapitaliseringsrenten og senere velger en rente på 5 prosent er det antakelig flere som har sett dette som en anledning til å fremme grunnleggende kritiske bemerkninger mot domstolens renteberegning generelt. Lovgiver har også tidligere notert seg kritikken, men ikke selv tatt standpunkt.⁴³⁰

Hovedkritikken mot domstolenes prejudikatsrente på 5 prosent er at kapitaliseringsrenten etter en korrekt økonomisk beregning skulle vært en realrente.⁴³¹ Begrunnelsen for dette er rene beregningstekniske forhold.⁴³²

Kritikken mot at kapitaliseringsrenten inneholder en inflasjonskomponent er som følger. Etter økonomiske beregningsprinsipper kan kapitalisering skje på to likeverdige måter. Enten ved at inflasjonsjusterte tap divideres med en nominell rente, eller at tap i faste størrelser divideres med en realrente. Ved kapitalisering av faste størrelser (eksempelvis fast festerente) forutsetter beregningen av det økonomiske tap et samfunn hvor det ikke er inflasjon. For å fungere i «samme samfunn» vil heller ikke renten kunne forutsette at beløpet skal reduseres av inflasjon. Fagøkonomenes kritikk på dette grunnlag er at man ved kapitalisering av fremtidige periodiske tap må følge de *økonomiske lover*. Denne vurderingen er med andre ord ikke et rettslig skjønn.

⁴²⁷ Eide (2011) s. 255. Rentenivået har sitt grunnlag i en rekke høyesterettsdommer, se særlig Rt-1986-178 (Nøem) og Rt-1993-1524 (Ølberg). Om det faktisk gis full erstatning når kapitaliseringsrenten ligger på 5 er et annet spørsmål. Dersom inflasjonen er 2,5 prosent, og kapitaliseringsrenten på 5 prosent, vil erstatningsbeløpet da halveres. Se nærmere om dette i Eide (2011) s. 126.

⁴²⁸ se Ot.prp.nr.42 (2008-2009) på side 22-23.

⁴²⁹ Se eksempelvis Eide (1984). Hylland (1995). Eide (2012).

⁴³⁰ Se NOU 2011:16 *Standardisert personskadeerstatning* s. 61.

⁴³¹ Eide (2012) s. 100.

⁴³² Se Eide (2011) s. 126.

Den anførte begrunnelsen for at kapitaliseringsrenten ikke skal inneholde en inflasjonskomponent er etter dette en annen enn for festerenten, hvor spørsmålet relaterer seg til dobbeltkompensasjon. Resultatet av kritikken vil imidlertid bli det samme – renten skal fastsettes etter en sammenlikning med *realrenter*.

Det er etter dette ikke spesielt kritikkverdig at utvalget har nevnt domstolenes kapitaliseringsrente i forbindelse med festerenten. Reaksjonene fra høringsrunden på dette punkt gir likevel grunn til å presisere at bruk av en «normal» festerente på 5 prosent som faktisk bygger på en parallell til kapitaliseringsrenten vil være problematisk. Dette skyldes særlig to forhold. *For det første* vil det være uheldig å låse beregningen av festerenten til en normalsats, når det samtidig uttales at bortfester skal få den avkastning som er rimelig sett hen til rentenivået på reguleringsstidspunktet.⁴³³ En normalrente på 5 prosent vil da antakeligvis indirekte kunne være førende for rimelighetsvurderingen. *For det andre* vil det være uheldig å låse beregningen til en prejudikatsrente som er sterkt kritisert. Dersom det skal dannes et normalnivå, må dette følge av grundige og begrunnede avveininger av hva som vil gi en rimelig avkastning av tomteverdien i festeforhold, herunder om festerenten skal inneholde kompensasjon for inflasjon. Ved renteendringer er det imidlertid nødvendig at normalnivået påvirkes. Etter mitt syn vil det derfor være uheldig å etablere en fast «prejudikatsfesterente» som skal legges til grunn uavhengig av det konkrete saksforhold.

7.3.4.4 Konklusjon

Dersom utvalgets eksempel-festerente på 5 prosent legges til grunn for det videre lovarbeid, vil dette kunne gi en overkompensasjon til bortfester. Dette følger av den dobbeltkompensasjon for inflasjon som gis bortfester når det i tillegg til en inflasjonskomponent i renten skjer en indeksregulering av festeavgiften. Festerenten burde derfor ikke settes til 5 prosent hvis renten skal gi et korrekt utgangspunkt for grensene for lovgivers adgang til å gripe inn i partenes avtale. Festerenten burde fastsettes konkret, uten en parallell til domstolenes faste kapitaliseringsrente, og uten å gi dobbeltkompensasjon for inflasjon.

Det forhold at utvalget har benyttet rentesatsen 5 prosent som et *eksempel* er etter min oppfatning ikke spesielt kritikkverdig, ettersom domstolene oftere og oftere faller ned på dette nivået. Valg av en annen rente ville forutsatt en nærmere vurdering av hva som vil utgjøre et korrekt rentenivå. Det som kan kritiseres er at utvalget ikke har *vurdert* hva som vil være det

⁴³³ Se punkt 2.4.3.

korrekte rentenivået. Lilleholts henvisning til at dette er et politisk spørsmål er ikke helt tilfredsstillende, ettersom det er på det rene at tomtefesteinstituttet i sin helhet er politisk farget, samt at utvalget hadde fått mandat til å foreta vurderinger av de økonomiske virkninger av forslagene.

7.3.5 Tak eller gulv for festeavgiftens størrelse?

Flere av forslagene inneholder et tak eller gulv for reguleringen. Spørsmålet er om oppreguleringsadgangen fortsatt vil gi en rimelig balanse mellom partene med slike begrensninger. Jeg vil først behandle konsekvensen av å innføre høyestebeløp, deretter minstebeløp.

Både engangsløftmodellen og kombinasjonsmodellen opererer med et høyestebeløp på omtrent kr 11 000 per dekar i årlig festeavgift, per tomt der denne er mindre enn ett dekar eller per boenhet dersom det er flere slike enn antall dekar. *Gjertsen* har kritisert nivået på høyestebeløpet, og har for sitt modellforslag ansett et tak på kr 6 000 per tomt som tilstrekkelig for å oppfylle kravene etter EMK.

Høyestebeløp skal ivareta festerens økonomiske situasjon. Beløpet gjelder generelt, uavhengig av om tomten benyttes til bolig- eller fritidshus, eller tomtens utnyttelsesgrad. Flertallet har uttalt at forenklingen i at beløpsgrensen skal gjelde for alle festeforhold. Dette kan i utgangspunktet kan forsvares ut fra retts tekniske hensyn.⁴³⁴

Det er nok slik at høyestebeløp gir klare og oversiktlige regler, samt at det vil kunne forhindre tvister. Hvis det er åpenbart at regulering etter tomteverdien gir festeavgift over høyestebeløpet, er det ikke nødvendig å innhente takst. Problemet er imidlertid at et fast beløp som begrenser alle typer kontrakter lett vil kunne medføre vilkårlighet, samt at festeavgiften vil kunne bli veldig lav sett i forhold til tomtens verdi. Som nevnt tidligere, legger EMD vekt på festeavgiftens størrelse og koblingen til markedsverdien.

Utvalget har forsøkt å avbøte disse problemene ved å innføre antall boenheter som alternativt beregningsgrunnlag.⁴³⁵ Det ble uttalt at festerens økonomiske situasjon vanskelig kan være vesentlig sterkere der det er flere boenheter på tomten enn i tilfellene hvor det bare én husstand på en tomt.⁴³⁶ Flertallet uttalte videre at «en slik forskjellig vektlegging av festerens interesser lett kan oppfattes som vilkårlig».⁴³⁷ Festeavgiften blir da uansett kr 11 000 per

⁴³⁴ NOU 2013 :11 s. 53.

⁴³⁵ Ibid. s. 54.

⁴³⁶ L.c.

⁴³⁷ L.c.

boenhet, som utgjør en belastning på ca. kr 900 per måned. Selv om boenhets-alternativet kan medføre at personer med store leiligheter vil komme bedre ut av det enn de med små, må det antas at dette vil redusere avviket nærmere det som EMD vil akseptere i de fleste slike feste-forhold.

Et fast høyestebeløp tilknyttet boenheter på tomten vil imidlertid ikke sikre at festeav-giftens størrelse er tilstrekkelig stor i ethvert tilfelle. Festeavgiften vil utgjøre under 2 prosent allerede for tomter hvor råtomtverdien er over kr 550 000. For tomter på 1 dekar med råtomtverdi på kr 1 000 000, synker avkastningen til under 1 prosent av tomteverdien. Det er etter mitt syn dette som er det grunnleggende problemet. Under prosentmodellen uttalte fler-tallet at modellen ikke ville reise tvil om forholdet til EMK P1-1 «under forutsetning av at prosentsatsen til enhver tid er tilstrekkelig høy». Denne forutsetningen ble ikke hensyntatt ved vurderingen av høyestebeløpet i engangsløftet, hvor utvalget som eksempel uttalte at en tomt på kr 5 000 000 ville få en festeavgift på ca. kr 11 000.⁴³⁸ Avgiften vil da bare utgjøre 0,22 prosent av råtomtverdien, som er lavere enn det som var tilfellet i Lindheim-saken. Avkast-ningen ligger på samme eller under nivået for eiendomsskatt, og vil antakelig anses konven-sjonsstridig lavt av EMD.

Etter dette vil både de vilkårlige utslag, samt potensialet for svært store avvik mellom festeavgift og tomteverdi medføre at en oppreguleringsadgang med høyestebeløp reiser tvil om forholdet til EMK P1-1. Dette kan ikke avbøtes tilstrekkelig gjennom å knytte høyestebe-løpet til antall boenheter på tomten.

Minstebeløp vil være i bortfesters favør, og på den måten ikke komme i konflikt med EMK P1-1. Minstebeløp kan imidlertid redusere faren for konvensjonsbrudd. Er beløpet for lavt vil imidlertid ikke den nedre terskel forhindre selve reguleringsmodellen å komme i kon-flikt med EMK. Hvis minstebeløpet settes til en tilstrekkelig stor prosent av tomteverdien vil staten være godt sikret. Denne satsen kan i tillegg differensieres etter ulike formål, og dermed treffe enda bedre i forhold til de boligsosiale hensyn som gjør seg gjeldende. Etter vurde-ringene av kravet til festeavgiftens størrelse ovenfor, kan det være naturlig å sette en grense på 1 prosent for bolighus, mulig noe høyere for fritidshus.⁴³⁹

⁴³⁸ NOU 2013 :11 s. 55.

⁴³⁹ Se punkt 5.5.

Min konklusjon er etter dette at høyestebeløp kan være problematiske i forhold til EMK P1-1. Minstebeløp er ikke et problem, men kan gi en sikkerhet for at bestemmelsen ikke reiser tvil med hensyn til EMK hvis gulvet settes tilstrekkelig høyt.

7.3.6 Kommentarer vedrørende det videre lovarbeid

I dette avsnittet vil jeg forsøke å sammenfatte drøftelsene over, og komme med noen vurderinger vedrørende det videre lovarbeid.

Generalklausulmodellen som er foreslått av flertallet og mindretallet er ikke anbefalingsverdig, ettersom det er mest hensiktsmessig å velge en løsning med en oppreguleringsadgang for fester på relativt klare vilkår fremfor en usikker og tvisteskapende generalklausul.

Engangsløftmodellen og *kombinasjonsmodellen* opererer med et høyestebeløp på ca. kr 11 000 per dekar. Disse modellene vil dermed for en rekke kontrakter kunne gi så lav festeavgift at inngrepet må anses konvensjonsstridig overfor bortfester. Minstebeløpet i kombinasjonsmodellen er ikke tilstrekkelig for å forhindre konvensjonsstrid for tomter i pressområdene. Det synes derfor ikke tilrådelig å bygge på disse modellene uten at det foretas justeringer. Engangsløftmodellen er imidlertid anbefalt av to av utvalgsmedlemmene, herunder utvalgets leder. En betydelig andel av høringsinstansene har anbefalt engangsløftmodellen. Kombinasjonsmodellen anbefales også av to utvalgsmedlemmer, men foretrekkes ikke av noen høringsinstanser.

Prosentmodellen fastsetter festeavgiften til en bestemt prosent av tomteverdien. Deresom prosentsatsen fastsettes til 2 prosent, må modellen antas å være akseptabel etter EMK. Med en slik regel vil imidlertid tomteverdien måtte fastsettes i alle saker. Dette vil gi grunnlag for usikkerhet og tvister. Utover dette er regelen relativt klar og enkel å forholde seg til. Ettersom det ikke er noe høyestebeløp, vil imidlertid festeavgiften kunne bli svært høy i enkelte kontrakter. Et par representanter for bortfesterne aksepterer denne modellen, men hevder prosenten er for lav. Ingen utvalgsmedlemmer anbefaler denne modellen.

Likedelingsmodellen vil gi bortfester halvparten av realverdistigningen i tillegg til KPI-regulert festeavgift. Denne avkastningen vil ikke gi løsninger som er i strid med EMK, særlig siden festerenten på 5 prosent gir bortfester en avkastning godt over det som i følge Lindheim-saken må anses som nødvendig.⁴⁴⁰ Tomteverdien må fastsettes i alle saker, noe som vil gi grobunn for usikkerhet og tvister. Modellen gir videre anvisning på en relativt kompli-

⁴⁴⁰ Se om fordeling av verdistigningen i punkt 5.5.4.

sert vurdering, som hverken er anbefalt av utvalgsmedlemmer eller høringsinstanser. Jeg anser derfor ikke denne modellen som anbefalingsverdig.

Etter min oppfatning er en oppreguleringsmodell som bygger på engangsløftmodellen i tfl. § 15 å foretrekke. Dette gir best sammenheng i regelverket. Oppregulering skal skje etter kjente størrelser, råtomtverdi og festerente.⁴⁴¹ Det vil da være viktig at beregningen av festerenten utpensles i forarbeidene, og at det angis en klar fremgangsmåte – trinn for trinn. Av drøftelsen ovenfor fremkommer det at festerenten må fastsettes konkret. Videre burde det ikke gis dobbeltkompensasjon for inflasjon. Utgangspunkt bør tas i realrenter ved sammenlikning av avkastningen for andre investeringsobjekter. En rimelig avkastning vil dermed ligge under 2,5 prosent med dagens lave rentesatser, eventuelt med et påslag for risiko og administrasjon.

Dersom det er ønskelig at bortfester skal kompenseres fullt ut for den nominelle verdiendringen på tomten kan dette gjøres gjennom en inflasjonskomponent i festerenten, som foreslått av Opplysningsvesenets fond.⁴⁴² Alternativt kan det innføres årlig inflasjonsjustering av festeavgiften. Etter mitt syn er det mest hensiktsmessig å løse inflasjonsproblemet gjennom indeksregulering. Dette vil ikke være tvisteskapende, ettersom konsumprisindeksen utarbeides og publiseres offentlig.

I tillegg bør det innføres et *høyestebeløp* som skal ivareta boligsosiale hensyn, målt etter tomtens størrelse. For at høyestebeløpet ikke skal få urimelige utslag, bør det også innføres en *minsteprosent*. Dette er mer hensiktsmessig enn å beregne høyestebeløpet etter boenheter. En prosentsats treffer både store tomter med intensiv utnyttelse, samt mindre tomter i svært attraktive områder. Fastsettelsen av denne satsen vil kreve grundigere undersøkelser av de økonomiske forhold som gjør seg gjeldende, men jeg anser, som flertallet, at 2 prosent ikke vil reise tvil med hensyn til EMK. Mindretallet anser en avkastning «ned mot 0,5 til 1 prosent» å kunne forsvares.⁴⁴³ Jeg er enig med mindretallet i at det antakelig kan aksepteres en festeavgift på 1-1,5 prosent. At en festeavgift på 0,5 prosent er tilfredsstillende, stiller jeg meg imidlertid tvilende til. Dette ligger under maksnivået for eiendomsskatt på 0,2-0,7 prosent. Her vil antakelig minsteterskelen for eiendomsrettsvernet i EMK P1-1 slå inn.

Hvorvidt sterke lovinngrep er begrunnet vil bero på de konkrete forhold. Det er de minst beskyttelsesverdige festerne som setter grensen for hva som kan aksepteres av inngrep i

⁴⁴¹ Se punkt 2.4.

⁴⁴² Se Opplysningsvesenets fonds høringsuttalelse til NOU 2013:11.

⁴⁴³ NOU 2013:11 s. 69.

eiendomsvernet etter EMK P1-1. Flere høringsinstanser har derfor tatt til orde for at reglene burde skille mellom feste til bolighus og fritidshus. På den annen side vil dette kunne bidra til å gjøre et uoversiktlig rettskildebilde enda mer komplisert. Det kan også skje en utvisking av grensene mellom bolighus og fritidshus over tid. Det mest hensiktsmessige vil derfor antakelig være å beholde en felles lovregulering. Samtidig vil det relativt enkelt kunne innføres ulike høyestebeløp og minsteprosentsats for de ulike kategoriene, dersom dette er politisk ønskelig. En differensiering vil åpne for et bedre vern av feste til bolighus.

8 Avsluttende bemerkninger

Drøftelsene over har vist at tomtfestekontraktene utgjør en svært variert gruppe, som lovgiver har problemer med å finne en hensiktsmessig regulering for. De siste revisjoner av lovgivningen har hatt til formål å gi enkle, praktikable løsninger, som samtidig skulle ivareta festerens behov. Loven har likevel gitt grunnlag for en rekke tvister, og skapt omfattende usikkerhet. Dette gjelder særlig vedrørende fastleggelse av den årlige festeavgiften – ikke minst der lovgiveren har gitt fester en evigvarende rett til forlengelse.

Etter min mening er det nødvendig å vurdere en total revisjon av lovgivningen på tomtfesteområdet, og ikke bare justeringer innenfor gjeldende lovverk. Det er grunn til å minne om at EMK P1-1, slik bestemmelsen er tolket i Lindheim-saken, kan få betydning også for andre inngrep i balanseforholdet mellom partene. Regjeringen har sett det avgjørende for EMD i Lindheim-saken å være «[...] *den samlede balanseforskyvningen* som følge av tomtfesteloven § 33, sett i sammenheng med § 15» (min kursivering).⁴⁴⁴ Lovarbeidet bygger imidlertid på en forutsetning om at det er tilstrekkelig med en justering innenfor gjeldende system.

Lovgiver står overfor vanskelige spørsmål i det pågående lovarbeidet. For hver nye endring av reglene oppstår tilbakevirkningsspørsmål for en av partene i løpende festeforhold. Ved endring av tfl. § 33 oppstår spørsmål om forholdet til de avtaler som er forlenget mellom vedtakelsen av bestemmelsen i 2004 og ikrafttredelsen av den midlertidige lov i 2012. Høyesteteløpet gir en annen illustrasjon, hvor det er pekt på en rekke problemer i forholdet til EMK P1-1. Dersom § 15 ikke endres, vil en rekke grunneiere antakeligvis forsøke å prøve høyesteteløpet for domstolene. Hvis loven endres, oppstår spørsmål om forholdet til alle de som har foretatt et engangsløft etter tidligere regel kan oppjustere på nytt. I tillegg oppstår tilbakevirkningsspørsmål for festere som har innrettet seg etter reglene. Tomtbesteinstittet kan etter dette synes å generere en endeløs rekke problemer, uansett hvordan lovgiver forholder seg.

Dagens situasjon aktualiserer en vurdering av om tomtbesteinstittet er en anakronisme som ikke lenger har livets rett. Det kan derfor stilles spørsmål om tomtbesteinstittet burde avvikles, delvis eller i sin helhet. Avviklingsspørsmålet er svært komplekst, og i stor grad politisk. En omfattende drøftelse av dette faller utenfor oppgavens tema. Det skal likevel nevnes at Justisdepartementet i forbindelse med lovendringen i 2004 mente at flere forhold talte for innføring av et forbud mot nye festeavtaler som gjelder tomt til bolighus og fritids-

⁴⁴⁴ Prop. 148 L (2011-2012) s. 2.

hus.⁴⁴⁵ Det ble pekt på at endringer i samfunnsforholdene har redusert behovet for tomtefesteinstituttet. Mulighetene for finansiering er eksempelvis helt andre. Ulempene ved delt eiendomsrett til bygning og tomt er også åpenbare. Justisdepartementet valgte likevel å la være å innføre et forbud for nye festeforhold fordi en vesentlig forenkling i reglene om forlengelse og regulering av festeavgift ville «trygge situasjonen for festerne på en helt annen måte enn gjeldende lov».⁴⁴⁶ Det var dermed forlengelsesretten *slik den ble innført i 2004* som begrunnet opprettholdelsen av tomtefesteinstituttet. Nå som lovgiver vurderer å gi bortfester adgang til regulering av festeavgiften med en kobling til tomteverdien, burde det derfor foretas en ny vurdering av avviklingsspørsmålet.

Som følge av det brede spekter av festespørsmål som krever avklaring, burde det gjennomføres en grundig gjennomgang av hele tomtefesteinstituttet. Det må da nedsettes et utvalg med tilstrekkelig kompetanse, både med hensyn til juss og økonomi. I tillegg må tilstrekkelige ressurser i form av tid og penger bevilges til arbeidet. Kun på denne måten vil man kunne få lovgivning som representerer en grundig avveining av alle berørte interesser, og som gir den nødvendige ro rundt festeforholdene for fremtiden.

⁴⁴⁵ Se Ot.prp.nr.41 (2003-2004) s. 56-57.

⁴⁴⁶ Ot.prp.nr.41 (2003-2004) s. 57. Av Innst.O.nr.105 (2003-2004) punkt 8 fremgår det at Arbeiderpartiet likevel ønsket å forby fremtidige avtaler for bolig og fritidshus. SV bare for boliger. Flertallet anså et forbud mot fremtidige festeavtaler som et for sterkt inngrep i avtalefriheten, og sluttet seg til proposisjonen.

9 Kilderegister

Lover, forskrifter og konvensjonstekster

1814	Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) av 17. mai 1814.
1917	Lov om skjønn og ekspropriasjonssaker (skjønnsprosessloven) av 1. juni 1917 nr. 1.
1918	Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.
1953	Lov om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold (prisloven) av 26. juni 1953 nr. 4 (opphevet).
1975	Lov om tomtefeste (tomtefesteloven) av 30. mai 1975 nr. 20 (opphevet).
1984	Lov om vederlag ved oreining av fast eiendom (ekspropriasjonserstatningslova) av 6. april 1984 nr. 17.
1993	Lov om pristiltak (pristiltaksloven) av 11. juni 1993 nr. 66.
1997	Lov om tomtefeste (tomtefesteloven) av 20. desember 1997 nr. 106.
1999	Lov om husleieavtaler (husleieloven) av 26. mars 1999 nr. 17.
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 19.
2000	Lov om endring i lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste (endringslov til tomtefesteloven) av 7. juli 2000 nr. 70.
2004	Lov om endring i lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste mv. (endringslov til tomtefesteloven) av 2. juli 2004 nr. 63.
1950	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 4. november 1950.
2001	Forskrift om tomtefeste m.m. av 8. juni 2001 nr. 570.

Lovforarbeider

NUT 1971:3	<i>Rådsegn 9 – Om tomtefeste.</i>
NOU 1993:29	<i>Rådsegn 15 – Ny lov om tomtefeste.</i>
NOU 2011:16	<i>Standardisert personskadeerstatning.</i>
NOU 2012:16	<i>Samfunnsøkonomiske analyser.</i>

NOU 2013:11

Ot.prp. nr. 2 (1974-1975)

Ot.prp. nr. 28 (1995-1996)

Ot.prp. nr. 82 (1997-1998)

Ot.prp. nr. 29 (1999-2000)

Ot.prp. nr. 41 (2003-2004)

Innst.O. nr. 37 (1974-1975)

Innst.O. nr. 85 (1995-1996)

Innst.O. nr. 70 (1999-2000)

Innst.O. nr. 105 (2003-2004)

Prop. 148 L (2011-2012)

Prop. 41 L (2013-2014)

Festekontrakter og folkerett.

Om lov om tomtefeste.

Om lov om tomtefeste.

Om lov om husleieavtaler (husleieloven).

Om lov om endring i lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste.

Om lov om endring i lov av 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste.

Innstilling fra justiskomiteen om lov om tomtefeste.

Innstilling fra justiskomiteen om lov om tomtefeste.

Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i lov av 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste.

Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i lov av 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste mv.

*Midlertidig lov om rett til forlengelse av feste til bolig-
hus og fritidshus.*

*Endringer i midlertidig lov om rett til forlengelse av
feste til bolighus og fritidshus.*

Rettspraksis

Høyesterett

Rt-1962-369 (Gullklausul)

Rt-1976-1 (Kløfta)

Rt-1986-178 (Noem)

Rt-1988-276 (Røstad)

Rt-1988-295 (Skjelsvik)

Rt-1990-284 (Selsbakk)

Rt-1990-500 (Periscopos)

Rt-1993-1524 (Ølberg)

Rt-1995-674 (Grimstad)

Rt-1996-1415 (Borthen)

Rt-2001-149

Rt-2004-181 (Førde)

Rt-2005-1202 (Falkum)
Rt-2006-293 (Arves trafikkskole)
Rt-2006-1386
Rt-2006-1547 (Hvaler)
Rt-2007-1281 (Øvre Ullern terrasse)
Rt-2007-1306 (Rollag)
Rt-2007-1308 (Sørheim)
Rt-2007-1697 (Båtviksdalen)
Rt-2007-1706 (Bøvre)
Rt-2008-306 (Berg prestegård)
Rt-2008-1628 (Våle prestegård)
Rt-2010-143 (Rederibeskatning)
Rt-2010-577 (Rygge)
Rt-2011-129 (Ringve)
Rt-2011-1359 (Søndre Skøyen)
Rt-2011-1683
Rt-2013-30
Rt-2013-504 (Gamle Drammensvei 37)
Rt-2013-705 (Rød Gård)
Rt-2013-1345 (Strukturkvote)

Lagmannsretten

RG-2006-176 (Hålogaland)
RG-2006-674 (Agder)
RG-2009-601 (Borgarting)
RG-2010-1521 (Pineberg)
LA-2006-127471
LA-2007-110858
LA-2008-76582
LA-2008-130926
LB-2008-29294
LB-2010-85899
LB-2013-46776

LB-2013-79332
LB-2013-7056
LH-2012-1666-1

Tingretten

TNETE-2013-48739

Oslo tingretts dom av 9. april 2014, saksnr. 13-176193TVI-OTIR/03

EMD

Bittó	<i>Bittó and Others v. Slovakia</i> , Application no. 30255/09, Judgement of 12 March 2014
Carbonara	<i>Carbonara and Ventura v. Italy</i> , Application no. 24638/94, Judgement of 30 May 2000
Evaldson	<i>Evaldsson and Others v. Sweden</i> , Application no. 75252/01, Judgment of 13 February 2007
Fleri Soler	<i>Fleri Soler and Camilleri v. Malta</i> , Application no. 35349/05, Judgment of 26 September 2006
Hutten-Czapska	<i>Hutten-Czapska v. Poland</i> , Application no. 35014/97, GC-Judgment of 19 June 2006
James	<i>James and Others v. the United Kingdom</i> , Application no. 8793/79, Plenary Judgement of 21 February 1986
Lindheim	<i>Lindheim and Others v. Norway</i> , Application nos 13221/08 and 2139/10, Judgement of 12 June 2012
Mellacher	<i>Mellacher and Others v. Austria</i> , Application nos. 10522/83, 11011/84, 11070/84, Plenary Judgment of 19 December 1989
Nobel	<i>Nobel and others v. the Netherlands</i> , Application no. 27126/11, Decision of 2 July 2013
Sporrong	<i>Sporrong and Lönnroth v. Sweden</i> , Application nos. 7151/75 and 7152/75, Plenary Judgement 23 September 1982
Strech	<i>Strech v. the United Kingdom</i> , Application no. 44277/98, Judgement of 24 June 2003
Urbárska	<i>Urbárska obec Trenčianske Biskupice v. Slovakia</i> , Application no. 74258/01, Judgment of 27 November 2007

Litteratur

- Andenæs (2006) Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*. 10. utgave. Oslo: Universitetsforlaget 2006.
- Berg (2007) Borgar Høgetveit Berg, *Er det mogleg å nedjustere festeavgift i næringsforhold med heimel i tomtefestelova § 11 og/eller avtalelova § 36? - Nokre merknader til RG 2006 674 (Agder)* Tidsskrift for eiendomsrett nr. 1 2007, s. 44-55, Gyldendal Akademisk (Sitert fra Lovdata).
- Bertelsen 2011 Tor Ehlers Bertelsen, *EMK: Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2011.
- Bugge (1999) Hans Christian Bugge, *Grunnloven § 97: En oversikt over teori og nyere rettspraksis*. Jussens Venner 1999 s. 65-101 (sitert fra Lovdata).
- Çoban (2004) Ali Reza Çoban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Ashgate 2004.
- Eggen (2002) Kyrre Eggen, *Ytringsfrihet*, Oslo: Cappelen Forlag AS, 2002.
- Eide (2012) Erling Eide, *Standardisert personskadeerstatning, kapitaliseringsrenten og misforståelsen*. Tidsskrift for Erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett 2012-1/2 s. 99-104 (Sitert fra Gyldendal Rettsdata).
- Eide (2011) Erling Eide, *Kapitaliseringsrenten og Høyesteretts misforståelse*. Tidsskrift for Erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett 2011 s. 125-162 (sitert fra Lovdata).
- Eide (2004) Erling Eide, *Inflasjonskompensasjon i festeavtaler – HR-2004-218-A*, Nytt i privatretten nr. 2 2004 s. 10-11.
- Eide (1984) Erling Eide, *Renter og verdisikring av pengekrav*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1984 s. 477 (sitert fra Lovdata).
- Falkanger (2007) Thor Falkanger, *Tomtefestelov – grunneierens vern etter Grunnlov og EMK*. Lov og Rett 2007 s. 563 (sitert fra Lovdata).
- Falkanger (2013) Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*. 7. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Flaaten (2008) Sveinung O. Flaaten, *Plenumsdommene om tomtefeste – en oversikt og noen perspektiver*. Tidsskrift for eiendomsrett 2008 side 1-10 (sitert fra Lovdata).

- Fleischer (1978) Carl August Fleischer, *Norsk ekspropriasjonsrett*, Oslo: Universitetsforlaget 1978.
- Haaskjold (2013) Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, 2. utgave. Oslo: Cappelen Damm, 2013.
- Hylland (1995) Aanund Hylland, *Renter og kapitalisering. Kommentar er til en avgjørelse i Høyesterett*. Lov og Rett 1995 s. 40 flg. (siteret fra Lovdata)
- Høgberg (2010a) Benedikte Moltumyr Høgberg, *Forbud mot tilbakevirkende lover*. Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Høgberg (2010b) Benedikte Moltumyr Høgberg, *Grunnloven § 97 etter plenumsdommen i Rt. 2010 s. 143 (Rederiskattedommen)*. Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 123, 4 og 5/2010, s. 694-744.
- Høgberg (2013) Alf Petter Høgberg og Benedikte Moltumyr Høgberg. Noen ord om grunnlovstolkning, I: Karl Harald Søvig; Sigrid Eskeland Schutz & Ørnulf Rasmussen (red.), *Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år*. Fagbokforlaget: 2013 s 249–265.
- Innjord (2008) Frode Innjord, *Forholdet mellom Grunnloven § 97 og § 105*, Tidsskrift for Eiendomsrett 2008 s. 11-27.
- Kierulf (2011) Anine Kierulf, *Er internasjonale menneskerettigheter en relevant rettskilde ved grunnlovstolking?* Retfærd 2011 nr. 1 s. 23-48 (siteret fra Lovdata).
- Kierulf (2013) Anine Kierulf, *Innenfra og utenfra – Grunnloven og Menneskerettighetene*, Tolkingar av Grunnlova, Pax forlag 2013, s. 424-448.
- Lid (1961) Olav Lid, *Tomtefeste*. Oslo: Universitetsforlaget, 1961.
- Skoghøy (2011) Jens Edvin A. Skoghøy, *Forbud mot tilbakevirkende lovgivning*, Lov og Rett 2011 s. 255-282.
- Smith (2012) Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*. 2. utg. Bergen: Fagbokforlaget, 2012.
- Smith (2013) Eivind Smith, *Grunnloven § 97: En eller to hovedregler?* Lov og Rett, vol 52, 7, 2013, s. 488-499.
- Solheim (2010) Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*. Oslo: Cappelen Akademisk forlag, 2010.
- Solheim (2013) Stig H. Solheim, *EMDs avgjørelse i tomtefestesaken: revolusjonerende eller justerende?* Lov og rett, vol. 52, 4, 2013, s. 295-310.

- Solheim (2014) Stig H. Solheim, *Domstolskontroll med lover på det økonomiske området – lovgivers vurdering av lovers grunnlovsmessighet*. Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 127, 1/2014, s. 1-48.
- Aall (2011) Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave. Bergen: Fagbokforlaget 2011.

Nettsider

Gyldendal rettsdata. *Tomtefesteloven*. Kommentarer av Thor Falkanger [sitert 29.05.2014].

Store norske leksikon. *Grunnrente* (2009). <http://snl.no/grunnrente> [sitert 21.05.2014].

Norges bank. *Statsobligasjonsrente. Årsgjennomsnitt*. <http://www.norges-bank.no/no/prisstabilitet/rentestatistikk/statsobligasjoner-rente-arsgjennomsnitt-av-daglige-noteringer/> [sitert 31.05.2014].

Norges bank. *Spørsmål og svar om inflasjon*. <http://www.norges-bank.no/no/faq/pengepolitikk/>. [sitert 21.05.2014].

Finansleksikon. Realavkastning. <http://www.finansleksikon.no/Finansleksikon/R/Realavkastning.html>. [sitert 01.06.2014].